ORGANIZADORES:

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDP
GRUPO DE TRABALHO : FEDERALISMO

AUTORES:

RACHEL NOGUEIRA DE SOUZA

FERNANDO NATAL BATISTA

ALBERTINO NEIVA VELOSO

ROSEMARY CARVALHO SALES

GUSTAVO FARIA PEREIRA

AFONSO SOARES DE OLIVEIRA SOBRINHO

CLARINDO FERREIRA ARAÚJO FILHO

Coordenação
Sérgio Antônio Ferreira Victor
José dos Santos Carvalho Filho

XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDP
GRUPO DE TRABALHO (GT): FEDERALISMO

1ª edição

Autores:

Rachel Nogueira de Souza
Fernando Natal Batista
Albertino Neiva Veloso
Rosemary Carvalho Sales
Gustavo Faria Pereira
Afonso Soares de Oliveira Sobrinho
Clarindo Ferreira Araújo Filho

Brasília
2016

Conselho editorial do ebook:

Victor , Sérgio Antonio Ferreira (Coord.)
XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do IDP: Grupo de Trabalho (GT): Federalismo. / Coordenadores: Sérgio Antonio Ferreira Victor; José dos Santos Carvalho Filho. – Brasília: IDP, 2016.
122 p.

ISBN: 978-85-9534-005-3

DOI: 10.11117/9788595340053

1. Federalismo. 2. Município. 3. Jurisdição Constitucional 4. Guerra Fiscal. I. Título. II. José dos Santos Carvalho Filho

CDDir 341.224

APRESENTAÇÃO

Coordenadores
Prof. Sérgio Antônio Ferreira Victor
Prof. José dos Santos Carvalho

Nos dias 26, 27 e 28 de outubro de 2016, foi realizado o XIX Congresso Brasiliense de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), que abordou neste ano a temática "Constituição, Internet e Novas Tecnologias – Interfaces para um novo Direito Constitucional”. Paralelamente ao ciclo de conferências com palestrantes nacionais e estrangeiros, reuniram-se Grupos de Trabalho (GTs), organizados pelo IDP em parceria com o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Os GTs agregaram pesquisadores de todas as partes do país, aos quais foi aberta a oportunidade de apresentar e discutir o resultado de seus estudos, por meio de preciosa troca de ideias. Contando com participantes de diferentes níveis de formação, estudantes e professores, funcionaram como espaço privilegiado para interação entre instituições de ensino.

O federalismo, tema recorrente de discussões jurídicas acaloradas, foi objeto de um destes grupos de trabalho, no seio do qual foram analisados textos sobre a guerra fiscal, o papel dos municípios na federação brasileira, a exigência de unanimidade nas decisões do CONFAZ, e a condução do processo de impeachment no presidencialismo de coalizão brasileiro. Após o debate, os textos foram aperfeiçoados e agrupados nesta coletânea, que conta, ainda, com outros textos complementares sobre a liberdade de imprensa e os registros públicos; e os desafios do acesso à Justiça.

A obra aqui apresentada à comunidade jurídica é fruto de trabalho coletivo representativo do engajamento do IDP com a pesquisa, bem como da preocupação da instituição e de todos os seus membros em fortalecer o debate plural, participativo e inclusivo acerca de relevantes questões que afetam o pensamento jurídico contemporâneo. O objetivo desta publicação é compartilhar os conhecimentos reforçados em momento ímpar de intercâmbio acadêmico. Espera-se que a leitura seja útil e agradável.

Boa leitura!

SUMÁRIO

O PAPEL DOS MUNICÍPIOS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA E OS SISTEMAS DE AQUECIMENTO SOLAR

THE ROLE OF MUNICIPALITIES IN THE BRAZILIAN FEDERATION AND SOLAR HEATING SYSTEMS

Rachel Nogueira de Souza[1]

Resumo

Este trabalho buscou demonstrar o papel dos municípios no federalismo brasileiro na perspectiva ambiental. Para tanto, inicialmente, analisou-se a formação do federalismo brasileiro e as suas características peculiares, das quais se destaca a própria existência dos Municípios como entes da federação. Após, destacou-se o papel do Município como protagonista na proteção ambiental. Este artigo busca demonstrar o papel dos Municípios para a Federação brasileira, estes entes podem eleger seus próprios representantes do Executivo e do Legislativo e possuem autonomia administrativa, que consiste na competência para auto-organização e legislação, que corresponde a competência para editar sua Lei Orgânica e suas próprias Leis, especialmente no que diz respeito à proteção do meio ambiente. E, de modo a demonstrá-lo (o papel dos Municípios na federação), utilizou-se como exemplo a questão da energia fotovoltaica.

Palavras-chaves: Federalismo, Município, Meio Ambiente, Energia Solar

Abstract

This study aimed to demonstrate the role of municipalities in the Brazilian federalism environmental perspective. Therefore, initially, we analyzed the formation of the Brazilian federalism and its peculiar characteristics, which highlights the very existence of the municipalities as federal entities. After, he highlighted the role of the municipality as the lead in environmental protection. This article seeks to demonstrate the role of municipalities in the Brazilian Federation, these entities can elect their own representatives of the executive and legislature and have administrative autonomy, which is the power to self-organization and legislation, which is the power to edit its

[1] Procuradora da Fazenda Nacional
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET
Mestre em Direito Ambiental e Políticas Pública pela Universidade Federal do Amapá - Unifap

Organic Law and their own laws, especially with regard to environmental protection. And to prove it (the role of municipalities in the federation), it was used as an example the issue of photovoltaics.

Keywords : Federalism , Municipality , Environment, Solar Energy

1.Introdução

O Federalismo Brasileiro desenvolveu-se historicamente diante de um movimento pendular entre a centralização e a descentralização. No entanto, foi em 1891 que se verificou o seu efetivo surgimento juntamente com a revolução republicana, sendo o governo nacional forte protagonista.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Federação brasileira passou a ter três esferas de autonomia, inserindo o município na organização político-administrativa do Estado brasileiro. Tal opção político-administrativa já demonstra certa peculiaridade do modelo brasileiro em relação àquilo que se convencionou como federalismo clássico.

Ademais, verifica-se que o processo de formação do federalismo brasileiro ocorreu na contramão do verificado no território norte-americano, uma vez que os Estados brasileiros nunca foram soberanos e a sua autonomia apenas foi estabelecida lentamente.

Atente-se que os artigos 18, 29 e 30 da Carta Magna são a pedra angular de compreensão do papel dos Municípios na federação e que a sanção para o descumprimento destes dispositivos pelos Estados-membros é a intervenção federal, sanção gravíssima por lhes retirar a autonomia, tão cara para a Federação.

Este artigo busca demonstrar o papel dos Municípios para a Federação brasileira, estes entes podem eleger seus próprios representantes do Executivo e do Legislativo e possuem autonomia administrativa, que consiste na competência para auto-organização e legislação, que corresponde à competência para editar sua Lei Orgânica e suas próprias Leis, especialmente no que diz respeito à proteção do meio ambiente.

2. Desenvolvimento

2.1. Aspectos Históricos do Surgimento do Federalismo Brasileiro

O Estado Federal tem como característica principal a necessidade de conjugar as ideias de unidade e diversidade, de modo a permitir a criação de instituições e

estruturas jurídico-políticas que possibilitem a governabilidade em territórios em que as diferenças necessitem de esforços para impedir que se sobressaiam as forças desagregadoras.

Assim, pode-se afirmar que a essência do regime federativo consiste nos seus desníveis regionais, que se revelam pelos inúmeros modos de expressão dos sistemas de descentralização do poder. No entanto, a adoção deste regime pode suscitar reflexões mais profundas quando nos deparamos com território com heterogeneidades grandes e drásticas que podem comprometer o seu equilíbrio. E, essas reflexões devem apontar para mecanismos e instrumentos que busquem compatibilizar as unidades políticos-administrativas.

Quando da revolução federalista e republicana de 1889, buscou-se adotar o modelo dos Estados Unidos da América. No entanto, apesar da sua adoção formal desde a Constituição de 1891, o histórico do Estado Brasileiro foi marcado por um movimento pendular entre a centralização e descentralização do Poder.

Melo (2007, p. 20), ao analisar a adoção da forma federalista de Estado no Brasil em 1891, afirma que foi uma tentativa de “manter juntos membros de uma coletividade que aspiram a separar-se e organizar-se como Estados independentes”. Naquele momento histórico, configurou-se um sucesso do Estado brasileiro manter-se unido diante da vasta extensão territorial.

Considerando a estrutura normativa e a Constituição de 1891, buscou-se a institucionalização de um federalismo simétrico nos moldes ditos clássicos, com o objetivo de uma igualdade de tratamento entre os integrantes do pacto federativo, com repartição de competências e receitas de forma paritária e isonômica entre os entes.

A simetria aqui compreendida é aquela trazida pelo autor Raul Machado Horta (1999, p. 503-504):

> O federalismo simétrico pressupõe a existência de características dominantes, que servem para diferi-lo do federalismo assimétrico, de certo modo intenso, este último, a uma sistematização rigorosa. Se utilizarmos a caracterização lógico-formal de Kelsen para demonstração de nosso raciocínio, o federalismo simétrico corresponderá a uma estrutura normativa, distribuída em planos distintos, que identificam a concepção federal e assinalam sua autonomia no conjunto das formas políticas. Projetada na concepção de Kelsen a simetria federal, envolve a existência de um ordenamento jurídico central, e de ordenamentos jurídicos parciais, responsáveis pelas normas federais da União e as locais dos Estados-Membros, organizados e comandados pela Constituição Federal que alimenta o funcionamento do ordenamento central dos ordenamentos parciais. O esquema normativo assim descrito é constante e regular, compondo a estrutura normativa do federalismo simétrico. A reprodução posterior desse esquema normativo na Constituição jurídico-positiva conduz ao modelo

> do federalismo simétrico, partindo da representação teórica e formal.

Contudo, não se pode negar a ocorrência, no federalismo brasileiro, de eventos históricos que ocasionaram a associação entre Federação e República com o Partido Republicano Paulista, que tinha como objetivo assegurar as condições de funcionamento da economia cafeeira no nível estadual. Destaca-se, ainda, o fato de o governo de Minas Gerais, em 1899, ter aceitado o pacto com São Paulo para se alternarem no poder nacional (República do Café com Leite), o que permite concluir que ocorreu um levante da bandeira federalista pelas elites regionais brasileiras.

É neste ponto que inicia os contornos de uma federação assimétrica, em que foi possível verificar que alguns Estados-membros possuíam maior autonomia do que outros. Desta forma, é possível afirmar que o Federalismo brasileiro surgiu fortalecendo as heterogeneidades regionais brasileiras e sem arranjos políticos que pudessem compensar a deficiência das disparidades regionais.

Um dos pontos que acentuou essa disparidade foi o conjunto de normas tributárias apresentadas pela primeira Constituição republicana, uma vez que evidenciavam nítido beneficiamento de alguns setores da economia brasileira.

Com a Constituição de 1934, foi institucionalizado o Federalismo Cooperativo, correspondendo à incipiente compreensão de que as desigualdades regionais constituíam um problema no Brasil. De acordo com Oliveira (2012, p. 168/169):

> Mesmo apresentando problemas quando colocada em execução no país, o saldo propiciado pela cooperação deve ser entendido como positivo, mormente porque algumas das disposições constitucionais da Carta Política de 1934 conseguiram quebrar a inflexibilidade com as diferenças regionais, tão presente nos primeiros tempos da nossa experiência federativa.

No entanto, logo em seguida, o movimento pendular verificado no Estado brasileiro passou a apontar para a centralização quando da instauração do Estado Novo (1937-1945), época em que desapareceu a federação e as instituições democráticas.

Antes da ditadura militar, no breve período entre 1946 e 1964, verificou-se um foco maior na descentralização, sob o ideário de que o fortalecimento das instituições subnacionais proporcionaria maior influência dos cidadãos nas decisões políticas de seu interesse. Infelizmente, a partir de 1964, prevaleceu o Estado centralizador e ditatorial.

Foi com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que se institucionalizou o federalismo assimétrico, incorporando, assim, os anseios democráticos e descentralizadores, de modo a plasmar o conhecimento existente

quanto as desigualdades regionais com instrumentos que busquem atenuá-las. Esclarecedor quanto ao aspecto singular da Federação Brasileira é o trecho da Manifestação do Ministério Público na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024, ao apontar que “o modelo federativo, inserto no texto constitucional não é abstrato ou ideal, mas sim o definido pela própria Constituição de República”.

2.2. Da importância dos Municípios para a Federação Brasileira

A importância dos Municípios surgiu no Brasil-Colônia, quando se verificou grande autonomia por parte dos Municípios, pois estes utilizavam como modelo as comunas portuguesas e estavam muito distantes da Metrópole. Em suas reflexões Carrazza (2006, p.164) insiste ainda que

> (...) com a elevação do Brasil à condição de Reino-Unido a Portugal e Algarves (1815), os Municípios Brasileiros perderam muito da faculdade que tinham de se autogovernarem, fenômeno que se agravou com a Proclamação da Independência, máxime após a edição, em 1.10.1828, da Lei de Organização Judiciária Municipal.
> A autonomia de nossos Municípios só veio a ser restaurada com a República, mais especificamente, com a promulgação da Carta de 1891 (art. 68). A partir de então, porém, todas as Constituições Brasileira – com exceção da que vigorou durante o Estado-Novo (1936-1945) – prestigiaram a autonomia municipal.

Contrariamente a Carrazza, que entende que os Municípios não constituem em membros da federação, Paulo Bonavides (2012) corrobora o papel dos Municípios como membros da Federação, apontando para o fato de o Estado Brasileiro ser fruto da união de muitas povoações e defendendo que o seu reconhecimento constitucional advém da ideia de que as comunidades e os indivíduos possuem um conjunto de direitos próprios e intangíveis.

A compreensão da autonomia dos Municípios passa pela leitura do art. 18, *caput,* da Carta Magna, que estabelece que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Assim, conclui-se que, normativamente, existe uma igual autonomia dos entes federados, devendo prevalecer a cooperação sem hierarquia.

Todavia, pelas próprias competências estabelecidas pela União no art. 21 do texto constitucional e efetuando-se um contraste com aquelas estabelecidas para os Estados, Distrito Federal e Municípios, verifica-se uma prevalência da União, seja porque esta possui a representação formal da soberania da República Federativa do

Brasil, com a representação internacional do Estado brasileiro, seja porque ainda se verificam resquícios do Estado centralizador brasileiro.

De qualquer forma, o federalismo tridimensional foi estabelecido no desenho constitucional para a nossa federação, no qual os municípios detêm competência para atuar em diversas pautas. De acordo com Oliveira (2012, p. 174):

> A consagração da autonomia municipal ocasionou a formação de um quadro bastante interessante para o federalismo nacional. De um lado, proporcionou que as demandas locais pudessem ser atendidas com maior presteza e de modo individualizado, tomando como base as peculiaridades dos inúmeros contextos locais, haja vista que o localismo, como consequência, aproximou sensivelmente os centros de decisões políticas da população diretamente interessada nos resultados das ações governamentais empreendidas.

No caso específico da proteção do meio ambiente, a CF estabeleceu nos incisos III, VI e VII do art. 23 se tratar de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O parágrafo único do referido dispositivo dispõe que "leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional".

Ocorre que, com a multiplicação de entidades municipais, desencadeou-se um o aprofundamento do federalismo assimétrico, de modo que as diferenças não apenas regionais, mas também as intraregionais, fossem destacadas. Portanto, passou-se a conceber a revitalização do conceito de cooperação intergovernamental, "de modo que as relações estabelecidas entre os entes federados deverão estar adequadas aos condicionantes característicos dessa concepção de Estado federal" (OLIVEIRA, 2012, p. 188).

No Brasil, tem-se observado bastante a utilização da retórica da unidade, de modo a afastar a reflexão crítica quanto à necessidade de criação de mecanismos que busquem atenuar as grandes disparidades regionais. Ora, pelos arranjos vivenciados pelo texto constitucional, observa-se que os Estados-membros são tratados de forma igualitária, o que acaba por evidenciar a diversidade como complicador da coesão no regime federativo. "Entre nós, embora a diversidade territorial e seus indesejados reflexos constituam uma constante na história do Estado brasileiro, verifica-se que, ao longo de sucessivas Constituições nacionais, não forma muitos os instrumentos idealizados para corrigir essa marcante característica de nossa Federação" (OLIVEIRA, 2012, p.3).

Uma tentativa de correção das desigualdades regionais é observada no art. 3º da CF/88, que elegeu como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação das desigualdades sociais e regionais. Há também o art. 43 da CF/88 que

determina que “para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais”. No entanto, é preciso mais do que isso. É necessário que o projeto político brasileiro de descentralização seja desempenhado para a instauração de homogeneidade política, assegurando-se, ao mesmo tempo, a diversidade econômica e social. Ou seja, é imprescindível que as entidades completem o todo nacional.

Assim, para que o regime federativo tenha legitimidade, precisa estar atento às demandas reais da sociedade a qual serve, de modo que não se concebe mais aceitar as estruturas rígidas do federalismo concebidos nos séculos XVIII e XIX. Nas palavras de Ricardo Oliveira (2012, p. 21):

> Com propriedade e na mesma direção, Fernanda Dias Menezes de Almeida identifica essa irrestrita possibilidade de conformação estrutural do sistema federativo como marca indelével do arcabouço institucional do próprio Estado federal, assinalando que o federalismo é, em verdade, um salutar incentivo à criatividade, já que – mantido um núcleo irredutível de princípios característicos do regime federativo – torna-se possível identificar muitos federalismos, diferentes entre si, sob vários e relevantes aspectos. Inexiste, portanto, um único e universal modelo de Federação, de modo que cada Estado que opte pela forma federativa deverá elaborar um sistema de descentralização política que melhor se amolde às necessidades e às aspirações que figuram como essenciais para a vitalidade da organização estatal criada.

O que se pretende demonstrar aqui é que a assimetria no sistema federativo é um traço comum, uma vez que não há federação sem unidade e diversidade. Portanto, incita-se a desmistificação da ideia de que a Unidade Nacional só pode ser adquirida através da atribuição do mesmo grau autonomia aos entes participantes, sem considerar as condições econômicas, sociais e culturais de cada um deles.

Conforme demonstrado alhures, verifica-se que a assimetria fática apesar da assimetria constitucionalmente estabelecida, não foi superada na prática. E tal diferenciação é importante ser efetuada de acordo com Dircêo Torrecillas Ramos (2000. p. 65), pois “enquanto que para o cientista político o impacto da primeira sobre o sistema federal é uma importante área para a análise, para aqueles envolvidos na elaboração da Constituição ou seus ajustes, a questão básica é se a própria Constituição deveria de jure tratar as várias unidades constituintes diferentemente e quais os seus efeitos prováveis da aplicação dessa assimetria”.

Em um país com profundas diferenças regionais, o Princípio da Paridade dos Estados-membros acaba por sufocar a virtude do federalismo, qual seja, a *unidade na diversidade*, e trazer uma injusta *identidade na diversidade* (FILHO FERREIRAS, 2009 *apud* OLIVEIRA, 2012, p. 21).

A atuação pautada pelo interesse local permite visualizar no texto constitucional uma gama de competências exclusivas dos municípios, concretizando a descentralização escolhida pelo legislador constituinte.

Importante ressaltar que esta autonomia é assegurada no texto constitucional quando determina no seu art. 34 que “a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...) c) autonomia municipal”. Através da garantia do efetivo exercício da autonomia municipal, considerando as peculiaridades locais, é uma das formas que possibilitará uma maior atenuação destes aspectos das desigualdades regionais verificadas atualmente.

2.2.1. Os Municípios e o meio ambiente

Estando o meio ambiente incluído nas atribuições legislativa e administrativas dos Municípios, é claro que estes “formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental” (OLIVEIRA, 2012, p. 108).

Tendo sido elaborada antes do atual texto constitucional, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei 6.938/81, não traz em seu texto as competências ambientais dos Municípios. Contudo, a leitura do texto legal deve ser feita sob a égide da CF/88, o que implica em considerar a autonomia municipal, no sentido de que cabe aos Municípios proceder com a fiscalização e o licenciamento de matérias de interesse local.

Assim, diante da deficiência normativa observada na Lei 6.938/81 e com o objetivo de dar efetividade à autonomia municipal em relação ao meio ambiente, foi editado pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) a Resolução 237/1997, dispondo-se sobre uma série de competências, seja no âmbito federal, estadual ou municipal.

Ocorre que, de acordo com o art. 23 da CF/88, apenas seria possível cooperação entre os três entes federativos com a edição de Lei Complementar. Tal lacuna foi preenchida com a Lei Complementar n. 140, que estabelece para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

A alteração legislação teve por objetivo tornar mais efetiva a ideia do federalismo assimétrico na perspectiva ambiental, de modo a garantir o direito à

diferença e à participação de todos na vontade central. Neste sentido, Leonardo Martins (2009, p. 690):

> Adotar a forma federativa, pois, não significa impor a estrutura administrativo-organizacional do ente central às entidades parciais. Constitui, sim, garantir que em determinados espaços os estados-membros possam agir com certa margem de liberdade de conformação, sem que disso se depreenda qualquer prejuízo à união indissolúvel preconcebida. Em um país de dimensões continentais, em que cada estado possui necessidades socioeconômicas diversas, e [em] que há enorme variedade cultural, atribuir uma leitura centralizadora ao modelo federativo significa afastar a possibilidade do direito de reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No entanto, Farias (2013) critica a referida Lei Complementar por esta conceder aos Estados a atribuição de estabelecer quais as atividades seriam controladas e fiscalizadas pelos Municípios, uma vez que apenas as populações e as autoridades locais é que possuem amplas condições de bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade.

Deve-se interpretar a Lei Complementar 140, bem como todo o ordenamento jurídico ambiental considerando a cooperação das três esferas federativas, bem como a necessidade de se desenvolver um ambiente mais propício a ações integradas.

Ocorre que não há como analisar a natureza federativa de um determinado membro da federação valendo-se apenas das normas jurídicas. É necessário considerar os fatores políticos que o cercam.

A maior predominância da esfera estadual é uma realidade, o que impede que a análise federativa ambiental seja efetuada considerando que há uma simetria aqui. A simetria não existe, seja no âmbito normativo, seja na realidade prática. O autor Marcílio Henrique Guedes Drummond (2015) afirma que o texto constitucional não leva à conclusão de simetria, mas apenas menciona princípios constitucionais, com destaque sobretudo a autonomia dos entes federativos. “A União, como ente autônomo igualmente aos demais entes federados, também é uma disposição constitucional (ambos no art. 18); a realidade do federalismo brasileiro como um federalismo assimétrico está presente ao longo de todo o texto constitucional”.

Analisando a questão sob a perspectiva da ciência política, constata-se que, não obstante as instituições criadas para garantir maior autonomia aos entes federativos, sobretudo os Municípios, na prática, uma forte tendência à centralização.

Na esfera estadual, os governadores acabam possuindo uma influência forte em todas as esferas de poder, conforme bem esclarece Avelar e Cintra (2007), ao falar do ultra presidencialismo estadual:

> Contudo, no que diz respeito a estados, Fernando Abrucio formula a hipótese de haver um ultrapresidencialismo, um predomínio incontrastável dos governadores sobre as assembleias legislativas, de grau muito maior do que tem sido apontado existir nas relações entre presidente e Congresso.
>
> Segundo ele, os governadores conseguem neutralizar a prática fiscalizadora das assembleias legislativas e, sobretudo, dos órgãos fiscalizadores – Tribunal de Contas e Ministério Público – que, em vez de fiscalizadores dos atos do governador, tornam-se aliados

Obviamente que a mesma dinâmica é verificada em diversos municípios, que passam a depender da dinâmica estadual existente. Assim, a Lei Complementar acabou por reproduzir o que a dinâmica atual estabelece.

No entanto, as políticas públicas não devem ser elaboradas exclusivamente por atores estatais. É preciso adotar uma abordagem multicêntrica, uma vez que "o que conta é se o problema a ser enfrentado por ela é relevante para a coletividade" (SUPERTI, 2011). A visão de que a política pública deve ir além da ação governamental, reconhecendo-se que organizações privadas, Organizações Não-Governamentais (ONG's), organismos multilaterais na arena política, podem influenciar, direta ou indiretamente, as políticas públicas.

Assim, mesmo concebendo o Estado-membro, muitas vezes, como principal protagonista das políticas públicas dentro do seu espaço territorial, vislumbra-se que existem outras relações de poder na sociedade civil. Isso implica em uma complexidade das relações de poder entre os diversos atores, de modo a possibilitar a definição da diretriz intencional para a solução do problema público.

É possível concluir que o Estado brasileiro, no processo de elaboração de leis, deve levar em consideração as peculiaridades da comunidade local de modo a promover uma gestão eficiente do meio ambiente, o que implica numa maior valorização dos Municípios como entes federativos mais próximos das populações envolvidas.

De modo a dar uma melhor visão da necessidade de se dar importância à população local, verifica-se que este destaque não ocorreu apenas no Brasil. Historicamente, mesmo não possuindo municípios como entes federativos, o federalismo norte-americano deu destaque aos homens que fundaram as colônias, que eram compostos de estratos sociais bastante diferentes seja porque algumas delas se verificavam mercadores aventureiros em contraposição a outras em que predominava um "profundo espírito religioso" (JARDIM, 1984, p. 54). Estas diferenças, longe de serem cultuadas por um sentimento de indiferença, dava vasão a diversas hostilidades, que vieram a ser superadas apenas quando do aumento dos tributos decretos pela Coroa Inglesa para cobrir os custos da guerra contra os francesas,

culminando, assim, na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América. O governo federal foi implantado pela constituição dos EUA de 1787 no qual se conferiu “ao governo federal autoridade sobre todos os cidadãos”. No entanto, tal poder se limitou ao estabelecido na própria constituição, limite ratificado pela Décima Emenda que dispõe que “os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, pertencem aos Estados ou ao povo” (JARDIM, p. 56). Assim, pode-se concluir que desde a sua concepção originária, o federalismo norte-americano considerou predominante a vontade da população local, ao povo, a prevalecer o poder dos Estado ou do povo em primeiro lugar.

Na seara ambiental, a necessidade de se considerar a comunidade local, ou seja, de se possibilitar maior participação do povo, tem impacto direto com a autonomia municipal, ente político mais próximo do seio social.

2.3. Do papel dos Municípios na Federação Brasileira na função promocional do Direito Ambiental Econômico: Da questão da geração de energia fotovoltaica

Partindo-se da normatividade enquanto fenômeno que pode interferir e induzir comportamentos no âmbito social, Bobbio (2007) afirma que é possível a aplicação de instrumentos jurídicos como técnicas de encorajamento de determinadas condutas sociais.

É nesta perspectiva que se acredita que o papel do Município deve estar pautado como encorajador de condutas sociais através da elaboração de normas que visem proteger o meio ambiente e estas normas devem atentar para o desenvolvimento sustentável, como sendo aquele defendido por Sachs (2008, p. 15/16), para quem a sustentabilidade está atrelada a uma visão holística dos problemas da sociedade, e não apenas na gestão de recursos naturais. Para o autor, os cinco pilares do desenvolvimento sustentável são:

> a- Social, fundamental por motivos tanto intrínsecos quanto instrumentais, por causa da perspectiva de disrupção social que paira de forma ameaçadora sobre muito lugares problemáticos do nosso planeta; b- Ambiental, com as suas duas dimensões (os sistemas de sustentação da vida como provedores de recursos e como “recipientes” para a disposição de resíduos); c- Territorial, relacionado à distribuição espacial dos recursos, das populações e das atividades; d- Econômico, sendo a viabilidade econômica a conditio sine qua non para que as coisas aconteçam; e- Político, a governança democrática é um valor fundados e um instrumento necessário para fazer as coisas acontecerem; a liberdade faz toda a diferença.

Assim, é que o papel dos municípios aqui defendido consiste em este ser ator ativo na elaboração de políticas públicas, conforme estabelecido por Bonetti (2006, p. 43/44):

> Para melhor compreender o processo de gestação das políticas públicas é necessário começar considerando que existe um poder político instituído, o Estado, composto pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, no contexto de uma lógica do modo de produção historicamente constituído, o capitalismo. Essas três instâncias do poder têm entre elas uma relação de cumplicidade na perspectiva da permanência do sistema político vigente, bem como o poder do grupo governante no momento. (...). Nesta perspectiva, as políticas públicas tendem a ser gestadas no sentido de estabelecer um vínculo entre a sociedade civil e o Estado mediante as ações de intervenção na realidade social (...).

A urgência de uma maior integração social surge da necessidade de se efetuar uma conscientização dos riscos. Beck (2006), após tratar da existência de riscos individuais e globais e da invisibilidade imediata dos riscos da modernização, fala da necessidade de que o risco seja aberto para os processos sociais. Ou seja, o autor pondera que, com a falência da certeza absoluta científica, a gestão de recursos naturais deve ser democratizada, não ficando apenas a cargo dos tecnocratas e dos governantes.

Posto o cenário institucional como analisado acima, as normas ambientais não podem ser apenas uma fonte de conformação social, de modo a apenas representar coações e custos para as populações por ela diretamente afetadas. Deve também representar uma fonte de serviços imateriais de modo a propiciar o desenvolvimento econômico e social, ou seja, elas devem ser elaboradas atentos à realidade social. Bobbio (2007, p. 10) destaca a profunda transformação efetuada quando do *Welfare State,* dando origem a novas técnicas de controle social, se propondo a examinar:

> [...] um dos aspectos mais relevantes – e ainda pouco estudados na própria sede da teoria geral do direito – das novas técnicas de controle social, as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico: o emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajamento.

Uma das problemáticas atuais que precisam de um maior engajamento social e, por conseguinte, da comunidade local, diz respeito à crise enérgica brasileira, o que leva à necessidade de buscar novas alternativas. E estas alternativas devem estar ligadas a práticas sustentáveis de geração de energia, como a fotovoltaica.

No Brasil, a geração fotovoltaica surgiu como uma alternativa energética, especialmente após o racionamento vivenciado em 2001. Contudo, um dos problemas

que impedem maiores investimentos na área correspondem aos altos custos de produção de sua energia quando comparados às fontes convencionais.

A produção de energia possui um papel fundamental no desenvolvimento econômico do Brasil, por isso que ganha destaque, dentre os diversos ramos do direito, no âmbito do Estado do Bem-Estar Social (Welfare State), o Direito Econômico, que corresponde na "normatização da política econômica como meio de dirigir, implementar, organizar e coordenar práticas econômica, tendo em vista uma finalidade ou várias e procurando compatibilizar fins conflituoso dentro de uma orientação macroeconômica" (DERANI, 2009, p. 37).

Assim, o direito econômico não pode atuar apenas garantindo a iniciativa econômica privada, como também deve implementar o bem-estar social, que na perspectiva deste trabalho, consiste em garantir o desenvolvimento sustentável.

A escolha por analisar a energia fotovoltaica ocorre devido a seu menor impacto ambiental considerando as outras fontes renováveis de energias, tais como a hidrelétrica, que necessita de grande área para inundação e linhas de transmissão, e a eólica, que também necessita de linhas de transmissão.

Sendo a geração de energia solar uma alternativa às gerações convencionais de energia que, notadamente, não suprem a necessidade nacional, percebe-se o início de sua utilização para atender pequenas localidades a partir de mini distribuidoras e mini geradoras, utilizando sistemas híbridos, especialmente após a institucionalização do Programa "Luz para Todos" (SILVA, 2015)

Percebe-se com facilidade na análise desta questão a interface entre o direito ambiental e direito econômico, de modo a buscar a melhoria do bem-estar social e a estabilidade do processo produtivo, especialmente quanto às formas alternativa de geração de energias elétrica. Neste ponto, importante a leitura dos artigos bases destes dois ramos jurídicos:

> **Art. 170:** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

> **Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Pela leitura dos dispositivos, verifica-se que o art. 170, inciso VI remete à defesa do meio ambiente e o art. 225, ao tratar da defesa do meio ambiente, trata da qualidade de vida. A qualidade de vida aqui estabelecida se desenvolve dentro dos ditames de justiça social, ou seja, não pode ser traduzida apenas por conquistas materiais, devendo incluir uma perspectiva relativa à saúde física e psíquica.

Ao conceber esse entendimento conjugado destes dois ramos do direito, será possível entender o quão ultrapassado é o entendimento que prega que a proteção ambiental prejudica o crescimento econômico. Nas palavras de Derani (2009, p. 60):

> A aceitação de que a qualidade de vida corresponde tanto a um objetivo do processo econômico como a uma preocupação da política ambiental afasta a visão parcial de que as normas de proteção ao meio ambiente seriam severas da obstrução de processos econômicos e tecnológicos. A partir deste enfoque, tais normas buscam uma compatibilidade desses processos com as novas e sempre crescentes exigências do meio ambiente.

É preciso entender que o Direito Ambiental deve também ser econômico no sentido de considerar o meio ambiente, a natureza, como integrante do sistema econômico. “A máxima de que cada um deve ocupar-se do próprio negócio permitiu uma série de resultantes da produção que não participassem do cálculo privado, o que conduziu a uma sequência de ‘deseconomias’” (DERANI, 2009, p. 90). Alfred Marshall é apontado como o primeiro a tratar de economias externas. Mas, foi Arthur Pigou quem primeiro demonstrou as influências dos custos sociais não computadas no processo produtivo.

Mais do que considerar os custos sociais no processo produtivo, ou seja, internalizar externalidades, é necessário que se induzam mecanismos para a mudança de comportamentos de modo a propiciar uma efetiva proteção ao meio ambiente. Assim, o objetivo inicial quando da proposição de alterações legislativas para a implantação de sistemas de aquecimento solar não é arrecadar recursos, mas sim, estimular o setor econômico de modo que o usuário do meio ambiente mude seu padrão de comportamento, ou seja, de modo que o consumidor passe a utilizar painéis fotovoltaicos para a geração de energia.

Incentivos fiscais como o Convênio ICMS 101/97, que concede isenção do ICMS nas operações com alguns equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólicas, e o Decreto 3827/01, que reduz a zero o

IPI sobre diversos equipamentos e acessórios destinados à geração de energia elétrica, não tem se mostrado como suficientes para garantir o desenvolvimento de um efetivo mercado desta modalidade energética.

Assim, avançou-se para a edição do Convênio ICMS nº 16/2015, que autoriza a concessão de isenção nas operações internas relativas à circulação de energia elétrica, sujeitas a faturamento sob o Sistema de Compensação de Energia Elétrica de que trata a Resolução Normativa nº 482, de 2012, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e para a promulgação da Lei nº 13.169/2016 que estabeleceu no seu art. 8º que "ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre a energia elétrica ativa fornecida pela distribuidora à unidade consumidora, na quantidade correspondente à soma da energia elétrica ativa injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora no mesmo mês, em meses anteriores ou em outra unidade consumidora do mesmo titular, nos termos do Sistema de Compensação de Energia Elétrica para micro geração e mini geração distribuída, conforme regulamentação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL".

Contudo, a simples redução de encargos tributários, bem como a possibilidade de descontar os valores gerados com o uso de energia solar na sua conta de energia não tem sido suficiente, uma vez que os equipamentos de instalação ainda contam com alto preço.

Por isso, já é possível verificar, em alguns Municípios, projetos de leis que buscam incentivar de forma mais concreta a utilização de sistemas de aquecimento solar. Renato Martelli Soares e Délcio Rodrigues (2010, p. 6) fizeram um levantamento dos projetos de lei apresentados no ano de 2009 sobre a questão:

> - Manaus (AM): o PL 72/2009 proposto pelo vereador Ademar Barreira institui o programa de incentivos ao uso de energia solar em edificações urbanas;
> - Vitória (ES): o PL 161/2009, de autoria do Vereador Esmael Almeida, autoriza o Poder Executivo a instituir e desenvolver o Programa de Fontes Alternativas de Energia. Vitória já possui um projeto de incentivo ao uso de SAS aprovado (lei 7532), mas este é relativo a descontos fiscais para a população, enquanto o atual projeto diz respeito ao poder da iniciativa pública de usar energias alternativas em seus programas;
> - Belo Horizonte (MG): o PL 64/2009, de autoria do vereador Fred Costa, estabelece a obrigatoriedade da instalação de SAS nas novas edificações do município de Belo Horizonte;
>
> (...)
>
> - Lavras (MG): O PL 058/2009, do vereador Hélio Haddad, é um projeto que determina a instalação de SAS em novas construções que utilizem água quente no município;

A despeito de alguns dos referidos projetos de lei, tais como o PL 161/2009 da Câmara Municipal de Vitória/ES, terem sido arquivados, outros projetos de leis sobre a matéria foram apresentados tais como Projeto de Lei do Legislativo 052/2015 Câmara Municipal de Lavras/MG, que que dispõe sobre a instalação de sistemas de aquecimento de água por energia solar nas edificações do Município de Lavras.

Outra proposição interessante é o Projeto de Lei 309/2013, que tramita na Câmara Municipal de Niterói/RJ, que cria uma espécie de Fundo com o objetivo de financiar a instalação de placas fotovoltaicas nas unidades residenciais, comerciais e industriais do Município, além de conceder créditos para fins de compensação com débitos do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU).

Com relação a esta questão, verifica-se também o Projeto de Lei Complementar nº 020/2015 em tramitação na Câmara Municipal de Porto Alegre, que institui, no município de Porto Alegre/RS, o programa de incentivos ao uso de energia solar nas edificações, obrigando, nas edificações de propriedade do município de Porto Alegre, a utilização de energia solar fotovoltaica que atenda a, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) de sua demanda de energia elétrica. O referido projeto é mais incisivo, posto que, ao tornar obrigatório de energia solar em prédios públicos, pretende criar uma demanda no mercado desta fonte renovável.

Desta forma, os referidos projetos correspondem a exemplos da demanda social local por estes instrumentos, de modo incentivar o uso da energia solar pelos cidadãos, na perspectiva apontada por Bobbio, do direito como promotor de condutas sociais.

Além destas intenções legislativas, verificam-se leis promulgadas sobre a matéria. Podemos dividi-las em dois grupos: a) as que estabelecem a obrigatoriedade do uso de sistemas de energia solar; b) as que correspondem a lei de incentivo apenas, sem qualquer fiscalização ou regulamentação.

Com relação ao primeiro grupo, ou seja, o da obrigatoriedade do uso de sistemas de energia solar, verificam-se leis em Juiz de Fora/MG, Varginha/MG, Barueri (SP), Diadema (SP), Jundaí (SP), Marília (SP), Peruíbe (SP), Ribeirão Preto (SP), São José do Rio Preto (SP) e São Paulo (SP), sendo a Legislação deste último município, a Lei 14.459/2007, regulamentada pelo Decreto 49148/2009, considerada a mais completa e organizada (SOARES; RODRIGUES, 2010, p. 6).

Exemplificando o que seria a obrigatoriedade acima apontada para fins de classificação, tem a Lei Municipal 12448, de 2011, que dispõe sobre a obrigatoriedade da utilização de alternativas tecnológicas (das quais uma é sistema de captação de energia solar para fins de aquecimento de água - art. 2, inciso I), ambientalmente

sustentáveis, nos prédios residenciais, comerciais com mais de dez unidade e nas edificações isoladas do Município de Juiz de Fora/MG.

As leis de mero incentivo, por sua vez, são observadas em Vitória (ES), Belo Horizonte (MG), Campina Grande (PB), Gramado (RS), Porto Alegre (RS), Americana (SP), Assis (SP), Avaré (SP), Piracicaba (SP), Ribeirão Pires (SP) e São Caetano do Sul (SP) (SOARES; RODRIGUES, 2010, p. 7).

Exemplo dos incentivos instituídos verificam-se em Campina Grande (PB), que estabeleceu um Desconto de 15% no IPTU para as edificações com energia solar, e em Belo Horizonte (MG) e Campinas (SP), que retiram o aquecedor solar como item de luxo no cálculo do IPTU.

Considerando a competência legislativa dos Municípios constitucionalmente estabelecida no art. 23, no processo de elaboração de leis, leva-se em consideração as peculiaridades da população local, de modo que é possível constatar uma preocupação em promover uma gestão eficiente do meio ambiente, notadamente, na necessidade de regulamentar a utilizar de outras fontes de energia. Ademais, há ainda os mandamentos contidos nos artigos 225 e 30, I, da Constituição.

Contudo, a mera aprovação legislativa, por vezes, não garante a sua efetividade, posto que se verificam problemas, ruídos, na relação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. O problema de vício de iniciativa, por exemplo, tem sido bastante recorrente nos projetos que tratam sobre a matéria, especialmente quanto à obrigatoriedade de instalação em prédios públicos. Um exemplo disso foi o veto total da Lei 5966/2015 do Município de Jacareí/SP (situação semelhante foi verificada no Projeto de Lei 42/2016 da Câmara Municipal de Belo Horizonte/MG).

Neste aspecto, cabe mencionar duas Ações Declaratória de Inconstitucionalidade sobre projetos de lei que estabelecem a obrigatoriedade de instalação de equipamentos de voltados a captação de energia solar: a ADI do T 000054721.2012.8.19.0000 (em face da Lei municipal 4635/2009, do Município de Volta Redonda) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e a ADI 2092921-85.2016.8.26.0000 (Lei nº 1.102/15 do Município de Ilhabela) do Tribunal de Justiça de São Paulo. As duas ações foram julgadas procedentes por vício de iniciativa, ou seja, plasmou-se que Lei de iniciativa parlamentar invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes.

Assim, para uma efetiva aplicação da política voltada a geração de energia solar, necessário que todos os poderes envolvidos estejam em harmonia, de modo que uma boa iniciativa parlamentar não seja tornada inócua pelo Judiciário mediante provocação do Poder Executivo.

Deve-se buscar, assim, aparar as arestas para que as tecnologias de energia solar se tornem de fato competitivas, mas, para que isto aconteça, deve-se alterar o comportamento do consumidor, passando, portanto, pela necessidade de incentivos locais para esta mudança. Conforme bem pontua Rutelly Silva (2015, p. 45):

> É desejável que a introdução da fonte solar na matriz energética brasileira ocorra sem atropelos, observando as oportunidades para o País no desenvolvimento tecnológico e da cadeia produtiva, os custos de oportunidades envolvidos e os ajustes porventura necessários por parte do setor produtivo para enfrentar eventuais obrigações ambientais no descarte de materiais usados na fabricação das células fotovoltaicas.

A prova de que o maior protagonismo do Município se mostra eficiente nesta seara foi a aprovação da Lei Pró-Solar, que se baseou basicamente na obrigatoriedade das novas edificações utilizarem aquecimento solar da água no município de São Paulo.

Mesmo que se verifiquem discussões quanto à possibilidade de a referida lei ferir o princípio da livre iniciativa, por elevar o custo na construção civil, é imprescindível atentar que a necessidade de se dar concretude ao princípio da preservação do meio ambiente (MILICIO, 2006).

Mesmo com os referidos questionamentos jurídicos, verifica-se, no Município de São Paulo, um crescimento do mercado em uma escala média de 11% a 30% ao ano (SOARES; RODRIGUES, 2010, p. 2).

3. Conclusão

Este trabalho buscou demonstrar o papel dos municípios no federalismo brasileiro na perspectiva ambiental. Para tanto, inicialmente, fez uma análise da formação do federalismo brasileiro e as suas características peculiares, das quais se destaca a própria existência dos Municípios como entes da federação. Após, analisou-se o papel do Município como protagonista na proteção ambiental. E, de modo a demonstrá-lo, utilizou-se como exemplo a questão da energia fotovoltaica.

O desenvolvimento da energia solar no Brasil possui potencial acima de outros países, mas os incentivos existentes são insuficientes para torná-la viável. Essa inviabilidade gira em torno da questão econômica. Os altos custos de sua instalação e produção faz como o consumidor prefira utilizar os meios convencionais de geração de energia.

Apontou-se para as oportunidades legislativas existentes no âmbito federal e estadual, concluindo-se que ainda há diversos obstáculos institucionais para o seu

desenvolvimento. A quebra destes obstáculos deve ser feita com maior envolvimento das comunidades locais e o ente federativo mais próximo é o Município, razão pela qual devem se dar mais destaques às propostas legislativas municipais com relação à questão.

E, este envolvimento com as sociedades pode ser a resposta para que possam ser criados instrumentos normativos de modo a viabilizar a distribuição de poder no federalismo assimétrico. Ou seja, as heterogeneidades regionais, aqui plasmadas pela vinculação social profunda com a necessidade de geração de energia solar, devem ser consideradas no âmbito normativo.

4. Referências

AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antonio Octavio (org.). **Sistema Político Brasileiro**: uma introdução. São Paulo: Unesp, 2007

BECK, Ulrich. **Living in the world risk society**. Economy and Society, Volume 35 Number 03, August 2006: 329-345

BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Tradução: Daniela Beccaccia Versinai. Manole: Barueri, SP, 2007.

BONETTI, Wesley Lindomar. **Políticas Públicas por dentro.** Ijuí/RS: Unijuí, 2006

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional** Tributário. 22 ed. Malheiros, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** São Paulo, Max Limonad, 2009

DRUMMOND, Marcílio Henrique Guedes. **O princípio da simetria no federalismo assimétrico brasileiro.** Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM. Belo Horizonte, ano 16, n. 58, out./dez. 2015

FARIAS, Talden. Os municípios, o meio ambiente e a Lei Complementar nº 140/2011. **Revista Brasileira de Direito Municipal -** RBDM. Belo Horizonte, ano 14, n. 48, abr. / jun. 2013.

JARDIM, Torquato Lorena. Aspectos do federalismo norte-americano**. Revista de Informação Legislativa,** ano 21, n. 82, abr-jun 1984.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARTINS, Leonardo. **Limites ao princípio da simetria constitucional.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MELO, Carlos Ranulfo, SÀEZ, Manuel Alcântara (Org.). **A Democracia Brasileira:** balanço e perspectivas para o século 21. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

MILICIO, Glaucia. Lei sobre uso de sistema de aquecimento solar divide advogados. Revista **Consultor Jurídico**, 26 de janeiro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jan-26/lei_sao_paulo_construcao_divide_advogados. Acesso em: 10 ago 2016

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. **Federalismo Assimétrico Brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O federalismo assimétrico.** 2. ed. São Paulo: Forense, 2000.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento:** includente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008

SILVA, R. M. **Energia Solar no Brasil**: dos incentivos aos desafios. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 166). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 3 de fevereiro de 2015.

SOARES, Renato Martelli; RODRIGUES, Délcio. **Políticas Pública de incentivo ao uso de sistemas de aquecimento solar no Brasil:** acompanhamento das leis aprovadas e dos projetos de lei em tramitação. Cidades Solares: São Paulo, SP, 2010. Disponível em: http://www.provedor.nuca.ie.ufrj.br/eletrobras/estudos/soares4.pdf Acesso em 15 set 2016.

SUPERTI, Eliane. Políticas Públicas e Integração Sul Americana das Fronteiras Internacionais da Amazônia Brasileira. In: **Novos Cadernos NAEA**, n. 14, vol. 2, Belém, 2011

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação Ambiental:** A utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WINDHAM-BELLORD, Karen Alvarenga de Oliveira. Licenciamento ambiental de atividades de usina fotovoltaica solar. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental** – FDUA Belo Horizonte, ano 15, n. 87, maio/jun. 2016

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONDUÇÃO DO PROCESSO DE *IMPEACHMENT* NO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO BRASILEIRO: BREVES CONSIDERAÇÕES À LUZ DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL[2].

Fernando Natal Batista[3]

Resumo: No atual cenário brasileiro de crise institucional, originado pelo desgaste do sistema presidencial de coalizão, compete ao Supremo Tribunal Federal - STF, no exercício do papel a ele concedido pelo princípio dogmático da separação de poderes, insculpido na Carta Política de 1988, preservar a democracia constitucional e salvaguardar a legitimidade do processo de *impeachment*, mediante a proteção de eventual direito subjetivo violado da(o) denunciada(o), devendo atuar como mediador entre os poderes federativos, fomentando o diálogo entre as instituições soberanas. O artigo aborda conceitos históricos e de direito comparado relativos à teoria da separação dos poderes e do processo de *impeachment* para, a partir do exame de decisões proferidas no caso Dilma Rousseff pelo STF, evidenciar que o *judicial review* tem garantido a legalidade do processo político e mediado a interlocução entre os Poderes Executivo e Legislativo após a cisão da coalizão anteriormente firmada.

Palavras-chaves: Separação de poderes – *Impeachment* – Presidencialismo - Jurisdição Constitucional.

***Abstract**: In the current Brazilian scenario of institutional crisis caused by the weakness of the presidential system of coalition, the Supreme Court, exercising the role granted to him by the dogmatic principle of separation of powers, consecrated by the Federal Constitution of 1988, must preserve the democracy and safeguard the legitimacy of the impeachment process, protecting eventual violated subjective right of the accused and should act as a mediator between the federal powers, fostering dialogue between sovereign institutions. The article discusses historical concepts and comparative law about the theory of separation of powers and the procedure of impeachment, and also examine some judgments given in the case Dilma Rousseff by the Supreme Court, evidencing that the judicial review has ensured the legality of this political process and mediated the dialogue between the executive and legislative branches after the split of previously signed coalition.*

***Keywords**: Separation of powers - Impeachment - Presidentialism – Judicial Review (Constitutional Democracy).*

1. Introdução.

Inicialmente, cumpre destacar que a principal técnica metodológica utilizada para abordar o problema-título, delineado no presente artigo, foi a

---

[2] Título em inglês: *The Supreme Court and the process of impeachment in the Brazilian coalition presidentialism: briefs considerations about the separation of powers and constitucional supremacy*.

[3] O autor é Analista Judiciário e Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, Pós-Graduado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT e Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

pesquisa dogmática ou instrumental, com suporte preponderante na doutrina nacional e estrangeira, assim como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, em razão do caráter eminentemente teórico-argumentativo deste estudo acadêmico.

O desenvolvimento da análise do tema perpassa, também, obrigatoriamente na análise valorativa dos institutos jurídico-constitucionais da teoria da separação dos poderes, da democracia, do presidencialismo, do federalismo e da jurisdição constitucional, mediante a observação empírica do atual cenário institucional do país, tendo sido o objeto de exame escolhido a partir de sua importância no atual contexto político-constitucional pátrio.

Procurou-se, ainda, retratar a preocupação do Supremo Tribunal Federal na preservação da legitimidade do processo de *impeachment* do segundo governo Dilma Rousseff, para manter a salvo, ainda que se vivencie um cenário de crise institucional, o princípio da separação dos poderes, promovendo, para tanto, no gozo de suas competências, a consolidação da democracia constitucional (supremacia da Constituição), ante a mediação dos conflitos deflagrados na arena política entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

2. A doutrina da separação dos poderes: a afirmação do Judiciário como ramo político de governança.

Pode-se afirmar que as sociedades ocidentais, desde o iluminismo, têm buscado mitigar, ainda que gradativamente, a concentração de poder do governante e, sobretudo após a revolução francesa de 1789, prescrever um modelo estrutural de divisão de poderes estatais onde, segundo MONTESQUIEU, "o poder freie o poder" (*le pouvoir arrête le pouvoir*), doutrina que, aliás, influenciou diretamente o constitucionalismo norte-americano e brasileiro.

A formulação clássica da teoria dos poderes compreendia a distinção de três funções atribuídas a órgãos diferentes[4] e reciprocamente autônomos: **a**) o Poder Legislativo (elaboração das leis); **b**) o Poder Executivo (administração

[4] "Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares." (MONTESQUIEU, p. 168)

e desempenho das funções típicas de chefia de Estado); e, por fim, **c**) o Poder Judiciário (o julgamento das querelas sociais).

Inegavelmente, um dos maiores méritos da teoria montesquiana foi limitar o poder do soberano, em nítida reação ao regime absolutista de Luís XIV (o “Rei-Sol”), subdividindo-o, notadamente, em funções para tutelar as liberdades negativas, definidas por ISAIAH BERLIN[5] como esferas de garantia contra a interferência alheia.

Posteriormente, os debates entre os autores federalistas (HAMILTON, MADISON e JAY) viabilizaram a convolação da doutrina clássica da separação dos poderes em princípio constitucional republicano, restando a teoria da divisão funcional dos poderes expressamente positivada nos três primeiros artigos da Constituição Americana de 1787.

O temor dos *founding fathers* americanos à tirania (leia-se: supremacia) do Parlamento, manifestado nos artigos federalistas, inspirou ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY alinhavarem o aperfeiçoamento do modelo de neutralização do poder pelo poder, de forma que se mitigasse a preponderância do Legislativo, conferindo maior equilíbrio à tríade concebida por Montesquieu, culminando no fortalecimento do Executivo e do Judiciário.

O foco adotado pelo esquema articulado por JAMES MADISON foi, em síntese, a premissa de que os entes políticos possuem vontades próprias que se contrapõem, possibilitando o controle recíproco de suas ações, afastando-se, desta forma, do modelo europeu, mormente do sistema inglês (*Westminster*), que outorgava ao Legislativo papel proeminente.

Em contraste com o modelo madisoniano, no qual a legitimidade democrática e a autoridade legislativa são formalmente divididas entre o Presidente – independentemente eleito - e o Congresso, o poder executivo de *Westminster* é formado pela maioria legislativa e, essencialmente, exerce controle plenário sobre o governo, logo o poder institucional no sistema inglês é unificado, não havendo separação substancial.

Vale destacar que, muito embora, a ideia de competição política autossustentável na estrutura interna de governo, delineada por MADISON no *federalist papers* n.º LI, seja frequentemente retratada como a única fonte do

[5] “A defesa da liberdade consiste na meta ‘negativa’ de evitar a interferência” (BERLIN, p. 234).

sucesso da democracia norte-americana, os professores DARYL LEVINSON e RICHARD PILDES defendem, todavia, outra versão, fundamentada na análise do mecanismo real e pragmático do exercício da democracia: os partidos políticos.

Para estes autores, desde os primeiros anos da federação norte-americana, a tese madisoniana se revelou incapaz de resolver as tensões sistêmicas do modelo presidencialista-republicano, pois os *framers* não previram caminhos institucionais para canalizar a discordância ideológica - presente no governo e no eleitorado - manifestada e exteriorizada pelos partidos políticos[6].

Afirmam, por fim, que, em períodos de **coesão partidária**, a competição entre o legislativo e executivo desaparece e a atuação governamental é profícua, enquanto que, no período de **polarização política**, há uma quebra da governabilidade e instabilidade social, o que resulta na preponderância do Poder Legislativo.

Não é exagerado dizer que as pressões das alianças políticas e eleitorais (coalizão) sobre os atores institucionais delimitam e reconstroem as relações entre os poderes, porquanto, em verdade, não há a vontade pura de cada poder republicano se contrapondo, mas sim agentes públicos com incentivos e interesses diversos que pautam a própria direção assumida pelo ente político (*political parties*).

Desse modo, como adverte LUCAS FABER DE ALMEIDA ROSA[7], verificou-se que o surgimento dos partidos políticos nos regimes democráticos alterou a dinâmica entre os Poderes da República, criando novos parâmetros e incentivos comportamentais para os agentes públicos. Nesse viés, LEVINSON e PILDES inseriram a ideia de que a **unidade** ou a **cisão partidária** entre o Legislativo e o Executivo transmuta toda a concepção de separação de poderes.

Com efeito, as relações de poder no âmbito institucional transcendem as ideias defendidas por MADISON ao esquematizar o seu modelo teórico de neutralização de poder, de modo que somente o **diálogo democrático** (a

---

[6] *The Framers had not anticipated the nature of the democratic competition that would emerge in government and in the electorate.* (LEVINSON & PILDES, p. 2.313)
[7] Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 8, n.º 1, jan./jul. 2015.

articulação cooperativa entre os partidos políticos e os ramos do poder) pode conduzir o controle institucional recíproco idealizado pelos *founding fathers*.

As premissas da atuação judicial, por sua vez, foram delineadas por ALEXANDER HAMILTON, no *federalist papers* n.º LXXVIII, tendo ele defendido a ideia de que a Constituição **é** e **deve ser** considerada pelos magistrados como lei fundamental e, ainda, que "todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade"[8]; competindo, portanto, aos tribunais e aos juízes determinarem o sentido da Constituição e a interpretação da legislação em sua conformidade.

O discurso ideológico engendrado pelos *framers* republicanos foi adotado pelo *Chief of Justice* JOHN MARSHALL, no julgamento do célebre caso ***MARBURY* vs *MADISON***, em 1803, tendo sido fixado os pilares da doutrina da supremacia constitucional, do controle difuso de constitucionalidade e, por fim, da doutrina das questões políticas, razão pela qual este histórico precedente é tão importante para a caracterização das atribuições do Poder Judiciário e para o reconhecimento de sua vital importância no concerto das funções do Estado.

De fato, naquele *trial* ficou estabelecido que, se por um lado, o Poder Judiciário estava autorizado a reconhecer a nulidade de atos da legislatura, quando contrários à Constituição (*judicial review*), por outro, não lhe era lícito ingressar no campo da política, tornando certas atuações do executivo imunes à tutela jurisdicional.

No delineamento da *political question doctrine*, MARSHALL partiu da ideia de que a Constituição confere ao titular do Poder Executivo certas **atribuições políticas dotadas de discricionariedade** e os atos que ele pratica no exercício dessas atribuições não estão sujeitos ao exame judicial, porque dizem respeito a assuntos de interesse da nação e não envolvem direitos individuais[9].

Outra exceção ao poder de julgar, anteriormente abordada por MONTESQUIEU, foi, em especial, o *impeachment*, instrumento de controle

---

[8] (HAMILTON, p. 459)

[9] "(...) o tribunal só tem competência para decidir acerca de direitos individuais; jamais para examinar como o Executivo ou os funcionários executivos desempenham seus deveres em tudo a que se aplica a faculdade discricionária. Questões por sua natureza política ou submetidas ao nuto do Executivo pela Constituição e pelas leis, nunca poderão ser ventiladas neste Tribunal". (MARSHALL, p. 18)

originário do direito inglês do século XIII, aplicável a qualquer cidadão nos negócios da administração pública, cujo crime, pela sua própria natureza publicista, refoge à competência do juízo comum, cabendo à Câmara Baixa a acusação e o julgamento à Câmara Alta, "a qual não possui nem os mesmos interesses que ele, nem as mesmas paixões"[10].

Ora, desde a clássica divisão tripartida dos poderes, mormente nos regimes democrático-constitucionais, almeja-se a construção e o aperfeiçoamento de um governo moderado e ordenado para o bem comum, cujo pilar de sustentação é construído a partir da participação popular (direta ou representativa), manifestada, principalmente, pelo poder de controle e de fiscalização dos atos praticados pelos seus mandatários.

A democracia, assim, é protegida por um sistema de neutralização e de conformação das funções típicas de poder (*check and balances*), os quais se combinam para evitar a degeneração institucional e, em casos extremos, a tirania (ditadura), pois, nas próprias palavras de MONTESQUIEU[11] "tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, o do povo, exercesse esses três poderes".

3. A natureza do processo de *impeachment*.

Como nos informa CARLOS ALBERTO MENEZES DE DIREITO[12], o instituto do *impeachment* ou impedimento é de inspiração inglesa, com objeto e efeitos completamente distintos do que se verifica atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. ANTONIO RICCITELLI[13] assinala, ainda, que, na concepção originária inglesa, o impedimento se apresentava com **características penais**, com a previsão de prisão, restrição de liberdade e até a morte do infrator,

[10] "Poderia ainda ocorrer que algum cidadão, nos negócios públicos, violasse os direitos do povo, cometendo crimes que os magistrados estabelecidos não saberiam ou não poderiam punir. Porém, em geral, o poder legislativo não pode julgar e o pode ainda menos neste caso específico, em que representa a parte interessada que é o povo. Assim, o poder legislativo só pode ser acusador. Mas diante de que ele acusaria? Rebaixar-se-ia diante dos tribunais da lei que lhe são inferiores e compostos, além disso, de pessoas que, sendo povo como ele, seriam impressionadas pela autoridade de tão poderoso acusador? Não; para conservar a dignidade do povo e a segurança do indivíduo, é *mister* que a parte legislativa do povo faça suas acusações diante da parte legislativa dos nobres, a qual não possui nem os mesmos interesses que ele, nem as mesmas paixões." (MONTESQUIEU, p. 175)

[11] (MONTESQUIEU, p. 168)

[12] DIREITO, Carlos Alberto Menezes de. A disciplina jurídica do *impeachment*. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/9109 >. Acesso em 27/01/2016.

[13] RICCITELLI, Antônio. *Impeachment* à brasileira: instrumento de controle parlamentar? – Barueri, SP: Minha Editora, 2006, p. 5.

porquanto o objetivo era impedir que servidores de alto escalão da administração pública exercessem de forma inadequada as funções para as quais foram eleitos pelo povo ou nomeados pelo rei.

A partir da vitória do Parlamento inglês sobre o poder real em 1688, como informa AMARAL JÚNIOR[14], até a consolidação da prática do governo de Gabinete, o *impeachment* perdeu, paulatinamente, na Inglaterra, utilidade e, enfim, foi substituído pela responsabilidade política que constitui a essência do governo parlamentar.

Evolutivamente, nos regimes presidencialistas, mormente nos Estados Unidos da América, o *impeachment* foi recebido com alterações, constituindo-se em um processo **essencialmente político**, com papel relevante na **garantia do equilíbrio entre os poderes** (*check and balances*), pois, como explicou ALEXANDER HAMILTON[15], no *federalist papers* 65, é "um freio posto nas mãos da legislatura, para conter nos limites dos seus deveres os agentes do Poder Executivo". Percebe-se, aliás, que os *founding fathers* tiveram a sensibilidade, nos debates travados nos artigos federalistas, de diferenciá-lo do direito britânico, uma vez que, segundo PAULO BROSSARD[16], na Inglaterra ele atinge "a um tempo a autoridade e castiga o homem, enquanto, nos Estados Unidos, fere apenas a autoridade despojando-a do cargo, e deixa imune o homem, sujeito, como qualquer, e quando for o caso, à ação da justiça".

O processo de impedimento do Poder Executivo, no sistema constitucional norte-americano, tem como finalidade a destituição do Presidente, do Vice-Presidente e de funcionários civis, inclusive juízes, dos seus cargos, certo que o fato embasador da acusação capaz de desencadeá-lo **não necessita** tipificação em lei, podendo, nos termos da Constituição Americana (Seção IV do artigo II), compreender traição, suborno ou outros crimes e delitos (*treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors*) e, caso o fato que deu origem ao *impeachment* se constitua, também, crime

---

[14] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Poder Legislativo na Democracia Contemporânea – A função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496900/RIL168.pdf?sequence=1 >. Acesso em 08/05/2016.

[15] (HAMILTON, p. 395).

[16] BROSSARD, Paulo. O *impeachment*: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. Porto Alegre: Globo, 1964, p. 21.

definido na lei penal, o acusado responderá criminalmente perante a jurisdição comum (artigo I, Seção III, item 7 da Constituição Americana).

O modelo norte-americano, ademais, como ressaltou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **MS 23.623/DF**[17], no emblemático caso COLLOR, foi adotado pelo nosso sistema republicano com algumas diferenças: **a**) os crimes de responsabilidade, motivadores do *impeachment*, seriam definidos em lei (Lei n.º 1.079/1950); e, **b**) limita-se ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

4. A crise do atual governo no modelo de presidencialismo de coalizão: o estopim do processo de impedimento.

O sistema político brasileiro foi consagrado pela Constituição de 1988 para funcionar, segundo SÉRGIO ABRANCHES, em razão do multipartidarismo e da heterogeneidade socioeconômica nacional, dependendo visceralmente da formação de coalizões[18] entre o Presidente da República e o Congresso Nacional para a promoção do programa de políticas públicas, evitando-se, assim, paralisia governamental.

A forma como se desenvolve o processo decisório, no qual se recorre à formação de coalizão partidária como instrumento de suporte à consecução dos atos executivos de governança, chama-se, portanto, nos dizeres de SÉRGIO ABRANCHES[19], "presidencialismo de coalizão".

A governabilidade exercida pelo Presidente da República, neste sistema político fragmentado de pluralidade partidária, caso seu partido não

---

[17] (MS 21623, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/1992, DJ 28-05-1993 PP-10383 EMENT VOL-01705-02 PP-00202 RTJ VOL-00167-02 PP-00414)

[18] Como adverte o Professor Sérgio Victor, o presidencialismo de coalizão busca a formação de maiorias com vistas à criação de consenso que dê sustentação ao governo (VICTOR, p. 120).

[19] A frequência de coalizões reflete a fragmentação partidário-eleitoral, por sua vez ancorada nas diferenciações socioculturais; é improvável a emergência sistemática de governos sustentados por um só partido majoritário. Logo, para a estabilidade de governança, requer a formação de alianças e maior capacidade de negociação dos personagens envolvidos. O autor identifica o Brasil como o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o "presidencialismo imperial", organiza o Executivo com base em grandes coalizões, fenômeno político nominado pelo cientista político como "presidencialismo de coalizão" (ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro*. Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 31 [1988], p. 5-34).

alcance a maioria no parlamento, depende essencialmente de seu carisma popular, de sua liderança e de sua capacidade de fomentar a convergência de ideologias em cenários de crise para a realização de seu programa de políticas públicas, ainda que dotado de seu amplo poder de agenda, sob pena de se tornar inoperante e subserviente ao clientelismo.

Na ótica de SÉRGIO ABRANCHES[20], a formação de coalizões envolve três momentos típicos.

Primeiro, a constituição da aliança eleitoral, a qual, após a vitória no escrutínio popular, requer negociação em torno de diretivas programáticas mínimas e de princípios a serem obedecidos na formação do governo eleito. **Segundo**, a composição do gabinete do governo, no qual predomina a disputa por cargos e formulação de compromissos de diretiva administrativa. **Terceiro**, a transformação da aliança em coalizão efetivamente governante, com a formulação do poder agenda e a implementação das políticas públicas de governança. Sua obtenção, contudo, envolve, como restou recentemente retratado pela imprensa brasileira[21], um processo de negociação e conflito, no qual os partidos na coalizão se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e, assim, aumentar a influência decisória.

O limite de tolerância das alianças, todavia, segundo alerta FERNANDO LIMONGI[22], **depende decisivamente do desempenho corrente do governo**, a despeito dos acordos e compromissos formulados na sua coalizão.

A continuidade do governo DILMA ROUSSEFF, após o pleito eleitoral de 2014, notoriamente, não foi capaz de consolidar o terceiro passo do governo presidencialista de coalizão, seja pelo seu desgaste, pela ausência de carisma

---

[20] *Opus cit.*

[21] Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/09/1687927-para-resolver-impasse-dilma-e-aconselhada-a-oferecer-setimo-ministerio-a-pmdb.shtml >. Acesso em: 01/11/2016.

[22] Defende o autor, do ponto de vista descritivo, que o sistema político brasileiro pode ser nomeado como um presidencialismo de coalizão, pois, a forma de governo adotada é o presidencialismo e governos recorrem à formação de coalizões para obter apoio para suas iniciativas. Assevera, ainda, a impossibilidade de se sustentar a premissa de que os partidos brasileiros não são capazes de estruturar coalizões partidárias ou de que o poder tradicional regule e controle os resultados eleitorais (LIMONGI, Fernando. *A Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório*. São Paulo: Novos Estudos – CEBRAP, nº 76, p. 17-41).

ou pela sua inaptidão de fomentar/sustentar convergências ideológicas, o que culminou, **após o seu isolamento político** (mesmo após ter promovido às escancaras o clientelismo), na perda de apoio popular, tendo sido decisivo na reprovação de suas contas pelo Tribunal de Contas da União, o que propiciou o cenário político perfeito para a abertura do processo de impedimento da então Presidente da República perante o Congresso Nacional.

Pode-se afirmar, ainda, analiticamente, que o maior problema do governo presidencialista disfuncional ou de coalizão ou cindido (*party separated*), naquele em que o executivo e o legislativo são dominados por diferentes partidos, como adverte BRUCE ACKERMAN[23], reside na forma em que o impasse será tratado ou resolvido, concebendo, para tanto, **três cenários**.

O primeiro enfatiza **acomodação**: os atores, para evitarem o desgaste eleitoral, envolvem-se em uma ou outra combinação de negociação que possa resultar, eventualmente, na consecução de um resultado satisfatório.

O segundo cenário é **ruptura constitucional**: em um esforço para destruir o seu concorrente, um dos poderes se sobrepõe ao outro, usurpando-lhe as funções constitucionais.

Por fim, há o cenário da **crise de governabilidade**: neste caso, há nitidamente um empenho entre as partes para destruir o concorrente, Presidente e Parlamento podem desenvolver simplesmente um gosto por calúnias sem fim, recriminações mútuas e impasse partidário, mediante, inclusive, o uso de ferramentas constitucionais disponíveis para tornar a vida miserável para o outro (episódio facilmente retratado no caso DILMA ROUSSEFF).

---

[23] *There are three scenarios. The first emphasizes accommodation. The rival incumbents don't want to look like spoiled brats before the voters. They will instead engage in one or another combination of reasoning and bargaining that may result in an attractive set of outcomes* **-** *indeed more attractive to more citizens than any set that would have been reached in the winner-take-all Westminster system. (...)The second scenario is constitutional breakdown. In an effort to destroy its competitor, one or another power assaults the constitutional system and installs itself as the single lawmaker, with or without the redeeming grace of a supportive plebiscite. (...)Rather than all out war, president and house may merely indulge a taste for endless backbiting, mutual recrimination, and partisan deadlock. Worse yet, the contending powers may use the constitutional tools at their disposal to make life miserable for each other: the house will harass the executive, and the presidente will engage in unilateral action whenever he can get away with it. I call this scenario the "crisis in governability"* (ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. *In Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, *january*/2000, p. 634-729).

Como visto, pode acontecer que a polarização política seja tamanha, como no atual cenário brasileiro, que restará ao Judiciário, no exercício do *judicial review*, tornar-se o ator político capaz de suavizar o desacordo institucional entre o Executivo e o Legislativo, de forma a salvaguardar e restabelecer a democracia.

Desse modo, como defende ROBERT DAHL[24], a utilização do postulado da separação de poderes sob este novo cenário, considerando fatores reais do sistema político disfuncional que desbordam da mera correlação dos poderes abstratamente relacionados, propicia a efetiva promoção do sistema democrático pelo Poder Judiciário.

Nesse viés, a Suprema Corte pode, em determinados momentos, atuar de forma mais incisiva para resgatar a abertura das vias de debate político, antes obstruídas, desde que o faça consciente dos efeitos sistêmicos relacionados, cujas decisões relevantes possibilitarão a estimulação ou a restauração do diálogo institucional.

Com efeito, como assevera o professor SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR[25], o diálogo constitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional incrementa a democracia no âmbito do sistema jurídico-político, uma vez não impede o recurso ao Judiciário, tampouco cerceia a participação dos representantes eleitos na tomada de decisões sobre políticas públicas, concluindo, ao final, que “o diálogo colabora com o ideal do estado de direito ao permitir que as decisões sejam tomadas com a participação de todos os poderes, com potencial, assim, para serem mais duradouras, trazendo maior segurança jurídica” (VICTOR, p. 259).

5. O Supremo Tribunal Federal e a condução do processo de *impeachment*.

---

[24] *The Supreme Court is not, however, simply an agent of the alliance. It is an essential part of the political leadership and possesses some bases of power of its own, the most important of which is the unique legitimacy attributed to its interpretations of the Constitution. This legitimacy the Court jeopardies if it flagrantly opposes the major policies of the dominant alliance; such a course of action, as we have seen, is one in which the Court will not normally be tempted to engage* (DAHL, Robert A. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policymaker*. *In*: 6 J. Pub. L. 279, 1957).

[25] VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 236)

O Brasil vivenciou, novamente, após o "Caso Collor"[26], uma nova crise político-institucional, materializada, juridicamente, na reprovação das contas públicas apresentadas pela Ex-Presidente da República DILMAR ROUSSEFF por irregularidades administrativas cometidas no último ano do primeiro mandato eletivo e, após a sua reeleição ao cargo majoritário, continuadas na gestão do segundo mandato.

A reprovação, sinteticamente, teve como fundamento manobras ilícitas que consistiram em atrasar repasses do Tesouro Nacional aos bancos para o pagamento de despesas de programas sociais obrigatórios.

Restou expressamente asseverado pelo Tribunal Contas da União, no exercício de sua competência constitucional (art. 71 da CF/88) que:

> "(...) devido à relevância dos efeitos das irregularidades relacionadas à execução dos orçamentos, não elididas pelas contrarrazões apresentadas por Sua Excelência, não houve observância plena aos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal, às normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais, conforme estabelece a lei orçamentária anual, razão pela qual **as Contas não estão em condições de serem aprovadas**, recomendando-se a sua **rejeição** pelo Congresso Nacional."[27] (grifou-se)

Assim, o conturbado cenário institucional pátrio se agravou ainda mais após a rejeição das contas prestadas pelo governo DILMA ROUSSEFF, relativas à gestão de seu primeiro mandato, pelo Tribunal de Contas da União – TCU e também repetidas no início do segundo, por irregularidades

[26] Disponível em: < http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/09/impeachment-de-collor-faz-20-anos-relembre-fatos-que-levaram-queda.html >. Acesso em: 29/01/2016.

[27] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão no Processo n.º 005.335/2015-9 (Prestação de contas do Governo Federal referente ao exercício de 2014). Relator: NARDES, Augusto. Julgado em 07/10/2015 e publicado no DOU de 15/10/2015. Disponível em < http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2015_40.pdf >. Acesso em: 30/01/2016.

administrativas que feriram preceitos da Lei Orçamentária - LDO e da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

Amparados na decisão unânime proferida pela instituição constitucionalmente legitimada a exercer, em auxílio ao Congresso Nacional, a fiscalização financeira e patrimonial da Administração Federal (art. 71, incs. I a XI, da CF/88), os advogados MIGUEL REALE JÚNIOR e HÉLIO BICUDO requereram o *impeachment* da então Presidente da República[28] por infrações político-administrativas cometidas no primeiro e segundo mandatos, tendo sido o pedido recebido pela Câmara dos Deputados[29] em 02 de dezembro de 2015, deflagrando-se, assim, o processo de impedimento de DILMA ROUSSEFF.

De acordo, com o texto constitucional vigente, são **causas de justificação** para a instauração do processo de *impeachment* contra o presidente e o vice-presidente **as infrações político-administrativas** expressas no art. 85 da Carta Magna, valendo destacar que o próprio dispositivo, em seus incisos, considera crimes de responsabilidade os atos que atentem contra a Constituição Federal, e especialmente contra a probidade na administração, bem como contra a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Tem-se, portanto, que **a prestação de contas** anual do Presidente da República ao Congresso Nacional, prevista pela Carta Republicana de 1988, **é também um dos modos pelo qual se revela a probidade na administração** e, por conseguinte, poderá ser compreendida - o que de fato aconteceu – como crime de responsabilidade.

Logo, com a crise institucional instaurada entre o Executivo e o Legislativo, o processo político de afastamento da Presidente da República foi judicializado, gerando, por consequência, questionamentos apenas sobre a amplitude deste controle judicial da atividade política, porquanto, no ordenamento constitucional brasileiro, como é sabido, consagrou-se a tese de que a guarda da Constituição compete ao Tribunal Constitucional, adotando-se

---

[28] Disponível em: < http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/veja-a-integra-do-pedido-de-impeachment-aceito-por-cunha >. Acesso em 20/01/2016.

[29] Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/501111-EDUARDO-CUNHA-ACEITA-PEDIDO-DE-IMPEACHMENT-DA-PRESIDENTE-DILMA-ROUSSEFF.html >. Acesso em 29/01/2016.

a ideia defendida por HANS KELSEN[30], incumbindo, este papel, ao Supremo Tribunal Federal.

A abertura do procedimento de *impeachment*, portanto, como enfatiza DAMARES MEDINA[31], desencadeou um quadro no qual o STF é compelido a mediar conflitos que não conseguem ser devidamente solucionados em seu *locus* próprio, qual seja: a arena política.

A politização da Suprema Corte, em si, todavia, é uma questão superada, pois o próprio exercício interpretativo da Constituição constitui atividade política, consubstanciando, ainda, um elemento instrumental do sistema de *check and balances*, cuja finalidade é garantia do exercício regular das funções estatais (jurisdição constitucional), mormente porque a Constituição, enquanto fundamento do Estado, implica uma hierarquia das formas jurídicas.

Ademais, RONALD DWORKIN defende que a democracia não pode ser reduzida apenas à regra do sufrágio da maioria, pois existem hipóteses em que a posição majoritária deve ser limitada pelo sistema jurídico no intuito de se preservar o Estado e proteger os direitos sensíveis à continuidade da democracia constitucional.

DOMINIQUE ROUSSEAU[32], igualmente, sustenta que no constitucionalismo contemporâneo, a democracia não se restringe ao voto, sendo esta visão histórica e ultrapassada, pois, segundo a sua teoria da *démocratie continue*, ela assume várias formas, incluindo a forma jurídica, para dizer que a Constituição é o lugar onde esses diferentes ritmos, eleitoral e não eleitoral, se tornam coerentes e passam a fazer sentido para a estabilização social e política de um Estado.

---

[30] *Jurisdição constitucional,* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[31] Supremo árbitro: os contornos da judicialização da política no STF. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-abr-07/damares-medina-contornos-judicializacao-politica-stf >. Acesso em: 14/06/2016.

[32] *Cette manière d'appréhender le sens du constitutionnalisme contemporain conduit à la naturalisation d'une forme historique de démocratie qui empêche de penser le temps présent. La forme électorale de la démocratie, produit de l'histoire, est une forme dépassable de la démocratie, tel est l'esprit de la notion de « démocratie continue » que j'ai proposée en 1992. « Continue » pour dire que la démocratie ne s'arrête pas aux seuls moments électoraux, pour dire qu'elle se construit en démultipliant les rythmes politiques, pour dire que cette démultiplication prend des formes variées dont la forme juridictionnelle, pour dire que la constitution est ce lieu où ces différents rythmes, électoraux et non électoraux, peuvent être mis en cohérence et prendre sens.* Dominique Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées* , 19 septembre 2008. ISSN : 2105-3030. URL : http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html

Nesse sentido, preconiza o Ministro CELSO DE MELLO que "a prática do *judicial review* - ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – não pode ser considerada uma indevida interferência jurisdicional na esfera orgânica do Poder Legislativo", porquanto a jurisdição constitucional se qualifica como importante fator de contenção de eventuais excessos ou omissões manifestamente transgressores do texto da Constituição da República, "não importando a condição institucional que ostente o órgão estatal – por mais elevada que seja sua posição na estrutura institucional do Estado - de que emanem tais condutas" (MC MS n.º 33.920/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 09/12/2015).

Corroborando este pensamento, o Ministro GILMAR MENDES afirma categoricamente que "com o reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição como corolário do Estado Constitucional e, consequentemente, com a ampliação do controle judicial de constitucionalidade, consagrou-se a ideia de que nenhum assunto, quando suscitado à luz da Constituição, poderá estar previamente excluído da apreciação judicial" (Decisão monocrática na MC MS 32.033/DF, rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 29/04/2013).

Contudo, quanto à interferência do Poder Judiciário na condução do processo de impedimento processado pelo Senado Federal, vale destacar a ponderação de MARCUS FAVER[33] de que não se pode pensar no *impeachment* como um veículo de incrustação ou exacerbação de crise ou *venditas* políticas, mas, sim como um remédio institucional e heroico para debelar graves crises políticas, eventualmente ocorridas nos diversos entes federativos.

Assim, ao final do julgamento da ADPF 378/DF[34], restou assentado o posicionamento de que a atuação judicial se encontra plenamente justificada na garantia do devido processo legal da "denunciada", razão pela qual a forma do procedimento de *impeachment* deve observância aos direitos e garantias do acusado, especialmente aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos pela Constituição da República e

---

[33] FAVER, Marcus. Considerações sobre a origem e a natureza jurídica do *impeachment*. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/53833 >. Acesso em 25/01/2016.

[34] ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 07-03-2016 PUBLIC 08-03-2016.

pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Em resumo, definiu-se que: **a**) o rito do processo político de afastamento da Presidente da República, a cargo do Congresso Nacional; **b**) o Senado Federal[35] poderia reavaliar o recebimento da denúncia de *impeachment* anteriormente realizado pela Câmara dos Deputados e não recebê-la; **c**) as votações do *impeachment* devem ser abertas; **d**) a defesa tem o direito de se manifestar após a acusação; e, **e**) o interrogatório deve ser o ato final da instrução probatória.

Evidencia-se, portanto, que, à luz dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais acima alinhavados e respeitados os limites de atuação de nossas instituições democráticas, o Supremo Tribunal Federal - ao atuar neste cenário de crise de governança - conferiu legitimidade ao processo de *impeachment* da Ex-Presidente DILMA ROUSSEFF, pois, ao promover o diálogo institucional entre os outros dois poderes confrontados, garantiu satisfatoriamente os fundamentos da ordem democrática de nosso país.

A preocupação do Supremo Tribunal Federal, em resguardar a ordem constitucional, tornou-se evidente, após o julgamento da ADPF 378/DF e da aprovação pela Câmara dos Deputados[36] da continuidade do processo de impedimento presidencial, sem que sua atuação, no campo de batalha da judicialização das questões políticas, interferisse no sistema de *check and balances* previsto na teoria da separação dos poderes.

Nos autos do MS n.º 34.193/DF, impetrado pela Presidente da República, definitivamente afastada, o Ministro TEORI ZAVASCKI, ao indeferir o pedido liminar, expressamente asseverou que não cabe ao Poder Judiciário intervir no juízo de mérito deliberado exclusivamente pelo Senado Federal, por se tratar de um processo iminentemente político, cujo julgamento é de atribuição, nos termos da Constituição Federal da de 1988, desta qualificada casa legislativa.

---

[35] Compete ao Senado Federal, sob a presidência do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do processo de *impeachment* presidencial (art. 52, inc. I, parágrafo único, da Constituição de 1988).

[36] Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/507325-CAMARA-AUTORIZA-INSTAURACAO-DE-PROCESSO-DE-IMPEACHMENT-DE-DILMA-COM-367-VOTOS-A-FAVOR-E-137-CONTRA.html >. Acesso em: 03/10/2016.

É, aliás, o que se extrai do seguinte trecho da decisão monocrática[37] ora transcrito:

> "(...) A segunda circunstância que limita o controle jurisdicional é a natureza da demanda. Submete-se a exame do Supremo Tribunal Federal questão relacionada a processo por crime de responsabilidade da Presidente da República (impeachment), que, como se sabe, não é da competência do Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo (art. 86 da CF). Sendo assim, não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importe juízo de mérito sobre a ocorrência ou não dos fatos ou sobre a procedência ou não da acusação. O juiz constitucional dessa matéria é o Senado Federal, que, previamente autorizado pela Câmara dos Deputados, assume o papel de tribunal de instância definitiva, cuja decisão de mérito é insuscetível de reexame, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Admitir-se a possibilidade de controle judicial do mérito da deliberação do Legislativo pelo Poder Judiciário significaria transformar em letra morta o art. 86 da Constituição Federal, que atribui, não ao Supremo, mas ao Senado Federal, autorizado pela Câmara dos Deputados, a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Por isso mesmo, é preciso compreender também que o julgamento, em tais casos, é feito por juízes investidos da condição de políticos, que produzem, nessa condição, votos imantados por visões de natureza política, que, consequentemente, podem eventualmente estar inspirados em valores ou motivações diferentes dos que seriam adotados por membros do Poder Judiciário."

[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão liminar no MS n.º 34.193/DF. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Publicada no DJe de 12/05/2016.

Concluindo, como adverte LUÍS CLAÚDIO MARTINS DE ARAÚJO[38]: “é fundamental a construção de um ambiente institucional pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, com uniformidade de interpretação, decisão e atuação das instituições”, cabendo às instituições soberanas, “por conseguinte, propor formas de realizar a atividade institucional sob o ponto de vista jurídico-político, e nesse quesito respeitar os fundamentos constitucionais e os valores da razão pública.”

6. Considerações finais.

Observa-se, portanto, no atual cenário político brasileiro, que, quando existente um contexto de crise institucional, a Suprema Corte exerce, com o respaldo do ordenamento constitucional, o papel de interlocução entre os poderes, razão pela qual, atualmente, a doutrina da questão política deve ser excepcionalmente afastada, dado o novo entendimento da Excelsa Corte sobre o atual lugar do Poder Judiciário na estrutura constitucional republicana.

Cumpre assinalar, também, que compete o Supremo Tribunal Federal, no desenvolvimento deste processo político de afastamento de cargo eletivo, o exercício de sua jurisdição constitucional, à luz da teoria do diálogo institucional e do princípio da supremacia da Constituição, para assegurar a legitimidade de sua instrução e conclusão.

Ora, não há dúvidas de que, embora o processo de *impeachment* seja político e conduzido pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário está autorizado a exercer o controle de constitucionalidade e de legalidade sobre o rito de impedimento do chefe do executivo, salvaguardando, por consequência, eventual direito subjetivo violado, hipótese em que enseja, como rememora LUÍS ROBERTO BARROSO[39], de modo claro e inequívoco, o *judicial review* dos atos do legislativo.

Evidencia-se, por fim, que a legitimidade do processo de *impeachment* somente será alcançada – como foi no caso DILMA ROUSSEFF - quando houver a integração ou o diálogo institucional entre os poderes constituídos no

---

[38] (Artigo: Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312 >. Acesso em: 29/01/2016.

[39] Op. cit.

intuito de se resguardar os fundamentos da ordem democrática para a sua consecução.

REFERÊNCAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro**. Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 31 (1988), p. 5-34.

ACKERMAN, Bruce. **The New Separation of Powers**. *In Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, *january*/2000, p. 634-729.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **O Poder Legislativo na Democracia Contemporânea – A função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea**. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496900/RIL168.pdf?sequence=1 >. Acesso em 08/05/2016.

ARAÚJO. Luiz Cláudio Martins de. S**upremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional**. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312 >. Acesso em: 28/01/2016.

BARROSO, Luís Roberto. ***Impeachment* – crimes de responsabilidade – exoneração do cargo**. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47174/45642 >. Acesso em 21/01/2016.

BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão liminar no MS n.º 34.193/DF. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Publicada no DJe de 12/05/2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão no Processo n.º 005.335/2015-9 (Prestação de contas do Governo Federal referente ao exercício de 2014). Relator: NARDES, Augusto. Julgado em 07/10/2015 e publicado no DOU de 15/10/2015.

COELHO, Damares Medina. **Supremo árbitro: os contornos da judicialização da política no STF**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-abr-07/damares-medina-contornos-judicializacao-politica-stf >. Acesso em: 14/06/2016.

DAHL, Robert A. **Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policymaker**. *In*: 6 J. Pub. L. 279, 1957.

DIREITO. Carlos Alberto Menezes de. **A disciplina jurídica do *impeachment***. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/9109 >. Acesso em 27/01/2016.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FAVER, Marcus. **Considerações sobre a origem e a natureza jurídica do *impeachment***. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/53833 >. Acesso em 25/01/2016.

HAMILTON, Alexander. **O federalista / Hamilton, Madison e Jay**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

KELSEN**,** Hans. **A jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. **Separation of Parties, not Powers** *in Harvard Law Review*, vol. 119, n. 8, *june*/2006, p. 2311-2386.

LIMONGI, Fernando. **A Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. São Paulo: Novos Estudos – CEBRAP, nº 76, p. 17-41.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, Ed. *fac-similar*, 1997.

MONTESQUIEU**,** Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RICCITELLI, Antônio. ***Impeachment* à brasileira: instrumento de controle parlamentar?** – Barueri, SP: Minha Editora, 2006.

ROSA, Lucas Faber de Almeida. **Para que serve a separação de poderes? Breves considerações sobre o papel do Poder Judiciário no presidencialismo de coalizão**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 8, n.º 1, jan./jul. 2015.

ROSSEAU, Dominique. ***Constitutionnalisme et démocratie*****,** *La Vie des idées*, 19 *septembre* 2008. ISSN: 2105-3030. Disponível em: < http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html >. Acesso em: 07/11/2016.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

______________________________ . **Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2015.

A EXIGÊNCIA DE UNANIMIDADE NAS DECISÕES DO CONFAZ E OS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E FEDERATIVO.

Albertino Neiva Veloso [40]

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 exige para a regular concessão de incentivos e benefícios fiscais quanto ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), de competência dos Estados Federados, o atendimento do rito estabelecido na Lei Complementar nº 24/75. A mencionada regra assim se firmou para prevenir e evitar disputas por receitas entre os Estados, o que se costuma tratar e definir como "guerra fiscal". Neste contexto, impõe-se a necessidade de haver uma decisão unânime no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) para a validade destas concessões, mas ainda se discute haver violação aos princípios democrático e federativo.

Palavras-Chave: ICMS. Princípio Democrático. Princípio Federativo. CONFAZ.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 demands for granting fiscal incentives and benefits related to the Tax on Goods and Services (ICMS), power exercised by the Federal States, the proceedings established in the Complementary Law nº 24/75. The cited rule was set to prevent and avoid disputes over revenue by the States, what is usually treated and defined as " tax war". In this context, a unanimous decision of the National Council for Financial Policy (CONFAZ) to validate these concessions is imposed, but the violation of democratic and federative principles is still debated.

Keywords: ICMS. Democratic Principle. Federative Principle. CONFAZ.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discutir as concessões de benefícios e incentivos fiscais relativamente ao Imposto sobre a Circulação de

[40] Professor universitário, especialista em Direito pela UFSC/SC e mestrando em Direito pela UCB/DF, advogado militante em Teresina, Estado do Piauí.

Mercadorias de competência constitucionalmente atribuída a cada um dos Estados Membros da Federação e, ainda, ao Distrito Federal.

Estabelece-se como ponto de partida um especial aspecto do rito previsto na Lei Complementar Nº 24/75. Trata-se da a necessidade de aprovação de convênio específico a ser celebrado por decisão unânime dentre os entes estatais que compõem o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), para validamente se poder ter a concessão de benefícios e incentivos fiscais.

Seria inconstitucional a exigência do prévio convênio e, ainda, sua aprovação por unanimidade dentre os entes estatais integrantes do CONFAZ?

O estudo foi realizado sobre as opiniões, as críticas e o posicionamento doutrinário acerca dessas exigências legais, como, também, quanto às violações apontadas aos Princípios Democrático e Federativo.

É que, para alguns, se vislumbra na exigência de decisão unânime por parte do órgão encarregado de analisar as medidas propostas pelos Estados Membros (CONFAZ), contida nos dispositivos da referida Lei Complementar, ofensa ao Princípio Democrático insculpido no art.1º da atual Carta Constitucional e, também, ao Princípio Federativo. Respectivamente, sob os argumentos de que não privilegia a vontade da maioria e que causaria vedação à autonomia dos Estados Federados.

Assim, o trabalho tem por objetivos verificar se há violação aos Princípios Democrático e Federativo e, se é constitucional a exigência da votação unânime para a aprovação dos convênios citados.

A pesquisa deu-se inicialmente com base nos estudos doutrinários sobre a exigência das decisões unânimes do CONFAZ para a aprovação das concessões e inventivos tributários relativamente ao ICMS e, depois, em estudo sobre a jurisprudência sobre a matéria.

Destacou-se, por oportuno, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao tema colocando-se em grau de maior importância o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 198, arguida pelo Governo do Distrito Federal.

2. A GUERRA FISCAL DO ICMS E A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS E INCENTIVOS FISCAIS PELOS ENTES ESTATAIS COMPETENTES

A tributação é a principal forma pela a qual o Estado moderno angaria as receitas de que necessita para a execução de seus fins. Há nos tributos, de outro lado, uma função indutora capaz de influenciar o comportamento dos contribuintes e o Estado, por isso, também utiliza a tributação com essa finalidade extrafiscal.

No Estado Federal Brasileiro, existe uma atribuição constitucional de competências tributárias privativas para instituir e cobrar impostos. Essa parcela do poder de tributar do Estado Nacional cabe especificamente aos Estados Membros e ao Distrito Federal no que tange ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)[41].

O ICMS é um tributo que possui uma função extrafiscal e age claramente como meio de intervenção estatal no domínio econômico. Sendo assim, por meio do ICMS, os entes federados podem atuar de modo a atrair investimentos para seus territórios, criando atrativos através de suas leis próprias, em detrimento dos outros.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a concessão de incentivos fiscais pelos Estados e pelo Distrito Federal relativamente ao ICMS depende de aprovação de convênio específico votada à unanimidade por cada um destes entes estatais, segundo a observância do rito imposto pela Lei Complementar nº 24/75[42].

---

[41] Art. 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988: “Art.155. Compete ao Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II- operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;”

[42] Art.155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal de 1988: “Art.155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: § 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: cabe à lei complementar: g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados;”

Importa esclarecer que, dada a falta de uma Lei Complementar editada após a vigência da Constituição atual, de 1988, o sistema jurídico brasileiro recepcionou a Lei Complementar nº 24/75, especialmente o que resta reconhecido no art.34, §8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[43].

O procedimento definido na lei em referência, ao passo que vem sendo utilizado a pretexto de conter as disputas entre os entes federativos no sentido de cada um atrair mais investimentos para os seus territórios, tem sido alvo de críticas.

No contexto do Estado Brasileiro, quanto ao ICMS, apesar de ser um imposto de competência privativa dos Estados Membros e do Distrito Federal, está-se à frente de um tributo de caráter nacional que incide sobre as operações praticadas entre pessoas em territórios de cada um dos entes da federação.

O papel deste imposto na arrecadação dos entes federados é da maior importância. Em vista disso, nos Estados mais pobres, onde a arrecadação de receitas decorrentes de outros tributos é sempre pequena, a receita decorrente do ICMS ganha ainda maior destaque no seu orçamento.

Acima, já se deixou claro que a tributação no Estado Fiscal Brasileiro é a sua principal fonte de recursos. Mesmo assim impõe-se reforçar a sua finalidade extrafiscal, sendo caracterizada como o uso do tributo para a intervenção no domínio econômico.

Celso de Barros Correia Neto leciona acerca da extrafiscalidade e aduz que:

---

[43]Art.34, parágrafo 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: "Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. §8º. Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria."

A expressão “extrafiscalidade” designa situação atípica de exercício da competência tributária: a existência de elementos a mais que justificam o tratamento particularizado de certas situações ou normas tributárias. O termo sugere situação que foge ao padrão ordinário da tributação, a chamada “fiscalidade”, e, dessa forma, alarga a fronteira da disciplina jurídica da tributação para acrescer elementos *prima facie* estranhos, por estarem além do interesse arrecadatório.[44]

Ainda nas lições do mesmo Celso de Barros Correia Neto sobre a extrafiscalidade, ele sustenta que:

O importante é dar conta de quais comportamentos o tributo induz ou de quais objetivos persegue ou pode perseguir. Não se trata de cogitar se determinado tributo interfere ou não na economia, mas como e com que objetivos o faz.[45]

Efetivamente, ao se considerar a utilização da tributação com função extrafiscal, é importante dar conta dos objetivos perseguidos e dos comportamentos a que essas normas tributárias estão induzindo nas pessoas.

Daí é que vem o conflito tributário entre os entes federados denominado por Valéria Zotelli como guerra fiscal. Segundo a autora:

Nos últimos anos, o Brasil tem vivenciado uma seríssima crise de insegurança jurídica no que tange ao ICMS, problemática que passou a ser conhecida como guerra fiscal.

As desigualdades econômicas e sociais brasileiras, com a concentração das indústrias em alguns poucos estados, induziram os demais entes políticos à instituição de incentivos fiscais inconstitucionais e ilegais que, rapidamente, se disseminaram por todo o território nacional.[46]

A guerra fiscal entre os entes federados nasce do exercício de suas competências tributárias para a atração de mais investimentos para as suas regiões e territórios e essa disputa entre eles não é benéfica ao Estado

---

[44]CORREIA NETO, Celso de Barros. O avesso do tributo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 76.

[45]CORREIA NETO, Celso de Barros. Instrumentos fiscais de proteção ambiental. Revista Direito Tributário Atual. São Paulo: Dialética, 2008, p. 143.

[46]ZOTELLI, Valéria.Disputa de ICMS guerra fiscal traz insegurança para contribuintes e investidores.Disponívelem<http://www.conjur.com.br/2014-jul-21/valeria-zotelli-guerra-fiscal-traz-inseguranca-investidores >. Acesso em 13.09.2016.

Brasileiro, indo de encontro às suas premissas constitutivas maiores fixadas na Constituição.

Com essa guerra fiscal, há entre os corpos da federação práticas simplesmente competitivas, ao revés de práticas cooperativas como o que se deveria esperar. Conforme Liziane Meira, tecendo considerações sobre o artigo 146 da Constituição Federal[47]:

> O art. 146 é, sem dúvida, a mais importante positivação do Federalismo Cooperativo no sistema constitucional tributário, pois determina a coordenação tributária pela União, autorizando-a a estabelecer normas gerais em direito tributário.[48]

Observando que a federação está relacionada à ideia de articulação entre as partes, Raul Machado Horta coloca que o "[...] constituinte revelou compreender as tendências do Estado federal e, ao invés de fragmentar o poder federal, preferiu atraí-lo para o terreno novo da cooperação intergovernamental".[49]

Para a manutenção do Estado Federal em oposição ao conflito federativo, no que essencialmente se constitui a guerra fiscal, a cooperação entre os entes é imprescindível.

Salvador, porém, entende que deva haver uma atuação do próprio Estado Federal na contenção desse conflito:

> Esta unidade de atuação não representa uma centralização, mas sim uma homogeinização baseada em cooperação, já que medidas para o desenvolvimento e adoção de medidas para redução das desigualdades não é admitido ações individualizadas, ou individualistas, dos entes federados.[50]

O legislador constituinte teve essa preocupação e estabeleceu maneiras de controlar a guerra fiscal entre os entes, daí a importância da

---

[47]Art. 146, inciso III, da Constituição Federal de 1988: "Art.146. Cabe à lei complementar: III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:"

[48]MEIRA, Liziane Angelotti. Princípio do federalismo e Competência Tributária. Disponível em < portalperiodicos.idp.edu.br/cienciajuidica/article/dowload/71/8/497 >. Acesso em 14.09.2013.

[49]HORTA, Raul Machado. A autonomia dos estados membros no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: 1964, pp.217-226.

[50]BRANDÃO JUNIOR, Salvador Cândido. Federalismo e ICMS: Estados Membros em "Guerra Fiscal"**.** 2013. 193f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 180.

discussão proposta no presente estudo, ao se considerar os princípios federativo e democrático, e a atuação do CONFAZ relativamente à concessão unilateral de isenções e incentivos fiscais do ICMS.

3. OS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E FEDERATIVO

O Estado Brasileiro é constituído sob a forma federal, ou seja, trata-se de um Estado soberano formado a partir de uma união institucional de outros Estados que abriram mão de suas soberanias. Representa uma federação constituída em um Estado Democrático de Direito[51]. A democracia, por isso, está dentre as suas principais bases de apoio.

Democracia é palavra que vem do grego, sendo a expressão *demos* significado de: povo, enquanto a expressão *kráthos* significado de: poder[52]. No Estado Brasileiro a democracia se traduz na participação do popular, sendo o poder emanado do povo. Assim possibilita-se a participação da maioria, distribuindo-se entre todos o poder.

Na realidade do Estado Federal, a democracia aparece através da manutenção das autonomias administrativa, legislativa e financeira dos entes federados, sendo fundamental para a manutenção do pacto federativo. Daí a inafastável relação entre os Princípios: Democrático e Federativo, mencionados neste trabalho.

O rito da Lei Complementar não admite a aprovação do convênio por votação tomada pela vontade da maioria. Assim explica Ives Gandra da Silva Martins:

> Concluo esta parte do estudo, dizendo que o texto constitucional, quando se refere à deliberação dos Estados e Distrito Federal, no tocante a estímulos fiscais outorgados, necessariamente

---

[51] Art.1º, da Constituição Federal de 1988: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

[52] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

> impõe a deliberação de todos os Estados e Distrito Federal, visto que não estabeleceu qualquer "quorum" mínimo.[53]

A exigência de aprovação de convênio por decisão unânime, como prevê o procedimento na Lei Complementar Nº 24/75, é apontada violadora do Princípio Democrático, ao admitir-se que um único Estado Membro tenha tanto poder a ponto de sua posição se sobressair àquela correspondente à vontade da maioria.

Ainda, segundo Dalmo Dallari, o "[...] Estado Democrático é aquele em que o próprio povo governa, sendo evidente colocar o problema de estabelecimento dos meios para que o povo externe a sua vontade, através da representatividade".[54]

Outrossim, quando se pensa se será possível a concessão de incentivos fiscais alheios ao que prevê o sistema jurídico do país, frente à inegável desigualdade econômica entre os entes, a discussão mais se agiganta em importância e passa a refletir, como consequência, na análise do Princípio Federativo.

Neste sentido defende Ariane Costa Guimarães:

> A possibilidade de um ente federativo estadual impedir a deliberação de uma proposição pode ser tida como a tirania da minoria, ou, mais especialmente, o impedimento de que Estados necessitados de investimentos possam editar benefícios sem o aval de Estados industrializados.
>
> Se, de um lado, a regra democrática evita a prevalência da vontade da maioria sobre a minoria por meio de mecanismos de proteção, a vontade da minoria também não pode ser a regra das escolhas públicas.[55]

Para Fernando Facury Scaff também há ofensa aos princípios:

---

[53]MARTINS, Ives Gandra da Silva. Estímulos fiscais do ICMS e a unanimidade exigida no CONFAZ. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 22-29, jan./abr. 2013.

[54]DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

[55]GUIMARÃES, Ariane Costa. As Deficiências Democráticas no CONFAZ. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/as-deficiencias-democraticas-no-confaz>. Acesso em 26 de maio de 2016.

> Pela lógica da unanimidade, o Confaz se torna o dono do ICMS e não cada Estado individualmente considerado. O Confaz tem um papel de harmonização fiscal em um Estado Democrático de Direito, e não de Coação Fiscal, própria do período em que foi criado. Durante o autoritarismo a regra da unanimidade possuía uma lógica interna ao sistema; durante o período democrático esta norma não pode prosperar, pois não encontra amparo em nenhuma norma constitucional.[56]

A exigência da unanimidade exposta no rito da Lei Complementar nº 24/75 é, então, alvo de discussões não somente a respeito do Princípio da Democracia, mas também, a respeito do Princípio Federativo.

Os entes federados devem, em suas condutas preservar a federação, vez que o princípio federativo impõe vedação a tratamentos jurídicos que impliquem distinções ou preferências.

É exatamente essa autonomia dos entes federados que dá estímulo e energia ao Estado Brasileiro. Sendo parte de uma federação, mantendo-se em convivência leal, ideal implícito na Lei Maior, devem se comportar os entes federativos em prol dos interesses do Estado Nacional.

Um Estado Membro não pode ter mais poderes que os outros e impor acima dos demais a sua própria vontade. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é própria da federação a convivência entre a ideia de unidade do Estado Nação com a de autonomia dos entes federados. E assim sustenta:

> a federação é um tipo de coletividade caracterizado pela associação parcial de coletividade em vista da realização de interesses comuns e, reciprocamente, pela autonomia parcial dessas mesmas coletividades em vista do atendimento a seus interesses particulares.[57]

---

[56] SCAFF, Fernando Facury. A inconstitucional unanimidade do Confaz e o surpreendente convênio 70. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-12/contas-vista-inconstitucional-unanimidade-confaz-convenio-70?imprimir=1>. Acesso em 23 de maio de 2016.

[57] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 141.

Igualmente, Jaques Veloso, ao comparar a legislação brasileira com a de países integrantes da União Européia, menciona que:

> O Brasil, por conta deste sistema arcaico e ineficaz, possui uma legislação tributária desarmônica, que impede a livre circulação dos bens de produção e assim prejudica o crescimento integrado da economia. A título de comparação, a legislação tributária dos diversos países integrantes da União Européia é mais harmonizada do que a legislação tributária dos Estados que compõem o nosso país, ou seja, na Europa, Estados soberanos conseguiram conciliar seus interesses e editar normas tributárias que possibilitem a circulação dos bens de produção, e nós não temos isto dentro do nosso próprio país.[58]

Nesta linha de razão, estar-se-ia negando a autonomia dos entes federados com a exigência da aprovação unânime de convênios destinados às concessões de incentivos e isenções quanto ao ICMS e violando gravemente o Princípio Democrático e o Princípio Federativo.

Para Bobbio, o Princípio Democracia encontra essência em direitos como o de liberdade e da igualdade e, ainda, que a garantia constitucional desses direitos constitui-se em verdadeiro pressuposto para o exercício da democracia. E leciona que:

> a unanimidade é possível apenas num grupo restrito ou homogêneo, e pode ser exigida em dois casos extremos e contrapostos: ou no caso de decisões muito graves em que cada um dos participantes tem direito de veto, ou no caso de decisões de escassa importância, em que se declara de acordo quem não se opõe expressamente (é o caso do consentimento tácito).[59]

No caso vertente, a receita decorrente da arrecadação do ICMS é extrema relevância para a manutenção dos entes federativos e a realização de

---

[58]VELOSO, Jaques.Democracia do Confaz – Fim da Guerra fiscal está nas mãos do Supremo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-out-03/restabelecimento-democracia-confaz-fim-guerra-fiscal?imprimir=1>. Acesso em 24 de maio de 2016.

[59]BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.28.

seus fins específicos, notadamente nos mais pobres onde a arrecadação com as receitas de outros tributos é pequena.

Oportuno não esquecer que o Princípio Federativo é cláusula pétrea da Constituição de 1988 e demonstra ter íntimo relacionamento e fundamental importância para o equilíbrio e perfeito funcionamento do Sistema Tributário Nacional.

Vê-se, por isso, que ao, travarem a guerra fiscal, os entes federados afrontam o princípio federativo, especialmente em matéria de ICMS, por meio da concessão unilateral de incentivos, benefícios fiscais e isenções, esperando arrecadar mais receitas em detrimento uns dos outros.

4. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF 198

De acordo com o que diz Tércio Sampaio Ferraz Júnior, existe um descompasso entre o atual sistema jurídico no Brasil e o uso da lei complementar nº 24/75. Nesse aspecto, aponta o jurista:

> Entretanto, a tentativa de compatibilização da Lei Complementar n. 24/75 com a Constituição atual envolve dificuldades jurídicas e práticas que comprometem a eficácia de princípios constitucionais e interferem com o equilíbrio federativo. São três as principais dificuldades.
>
> A primeira diz respeito à deliberação dos Estados e do Distrito Federal, que, nos termos da Lei Complementar n. 24/75 se perfaz mediante manifestação dos respectivos Poderes Executivos, o que fere o princípio da reserva legal (CF, art. 150, §6o).
>
> A segunda consiste na exigência de deliberação unânime para a concessão de isenções, incentivos e benefícios de ICMS, o que implica poder de veto, cujo exercício, muitas vezes por razões interesseiras, vem impedindo a utilização de mecanismos desonerativos do ICMS com a finalidade extrafiscal de implementar programas de desenvolvimento estadual e regional essenciais para concretizar o objetivo fundamental da República de reduzir as desigualdades regionais e sociais, que é também princípio da ordem

> econômica (CF, arts. 3o, III; e 170, VII).
>
> A terceira decorre das sanções cumulativas previstas para o descumprimento da sistemática de convênios, entre as quais a cobrança do imposto indevidamente dispensado na operação tributada e a glosa do crédito atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria, que permitem a cobrança do ICMS em duplicidade, contrariando o princípio da não cumulatividade do imposto (CF, art. 155, §2o, I).[60]

A receita tributária decorrente do ICMS é a maior fonte de arrecadação dos Estados Membros e do Distrito Federal, vez que o imposto constitui um pesado ônus sobre o consumo, daí a disputa instalada entre os entes. Salienta Fernanda Mara de Oliveira Macedo Pacobahyba que: “É nesse palco que entra o Conselho Nacional de Política Fazendária, como orquestrador desse imenso teatro”.

A criação do CONFAZ deu-se nos idos de 1975, há 40 anos, e sempre teve como função evitar a guerra fiscal entre os entes federados, promovendo atividades necessárias à formulação de políticas públicas e à harmonização dos procedimentos e normas referentes ao ICMS nos Estados-Membros e no Distrito Federal.

Em sua composição, como órgão colegiado, estão representantes de todos os Estados-Membros (pelos seus secretários de fazenda) e também o Ministro da Fazenda. Dentre as atribuições que possui, destaca-se a celebração de convênios para concessões de benefícios fiscais e concessões e revogações de isenções pelos Estados-Membros e o Distrito Federal, no tocante ao ICMS, conforme a previsão contida na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 24/75.

Então, em respeito ao pacto federativo, quaisquer benefícios fiscais quanto ao ICMS somente depois da manifestação de todos os entes federados poderão ser concedidos. A manifestação prévia necessária é ainda caracterizada pela necessidade de aprovação unânime dos participantes do

[60] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Unanimidade ou maioria nas decisões do CONFAZ – considerações sobre o tema a partir do princípio federativo. Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, Belo Horizonte, ano 10, n. 59, set. / out. 2012.

conselho, tendo cada uma dessas unidades federativas voto com o mesmo peso e valor.

Também, após a deliberação e a aprovação, o convênio deverá ser ratificado pelos Executivos de cada ente federado. Apenas depois desse rito é que o convênio passará a ter reconhecida força normativa, tal como especificam os artigos 2º a 4º da Lei Complementar[61].

Não obstante as regras expostas e à atuação do CONFAZ, o que se tem percebido é que os entes da federação em muitos casos concedem incentivos e benefícios fiscais, a fim de conceder ou revogar isenções quanto

---

[61]Artigos 2º, 3º e 4º da lei complementar nº 24 de 07 de janeiro de 1975: “Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei. Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica: I - à redução da base de cálculo; II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros; III - à concessão de créditos presumidos; IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus; V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data. Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal. § 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação. § 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes. § 3º - Dentro de 10 (dez) dias, contados da data final da reunião a que se refere este artigo, a resolução nela adotada será publicada no Diário Oficial da União.Art. 3º - Os convênios podem dispor que a aplicação de qualquer de suas cláusulas seja limitada a uma ou a algumas Unidades da Federação. Art. 4º - Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo. § 1º - O disposto neste artigo aplica-se também às Unidades da Federação cujos representantes não tenham comparecido à reunião em que hajam sido celebrados os convênios. § 2º - Considerar-se-á rejeitado o convênio que não for expressa ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo de todas as Unidades da Federação ou, nos casos de revogação a que se refere o art. 2º, § 2º, desta Lei, pelo Poder Executivo de, no mínimo, quatro quintos das Unidades da Federação”.

ao imposto ICMS, sem a necessária observância dessas exigências. A guerra fiscal permanece, apesar dos mecanismos de controle aqui mencionados.

Muitas demandas chegaram ao Supremo Tribunal Federal – STF em que se discutia a guerra fiscal do ICMS. Inegavelmente a Corte Suprema já decidiu, em diversas oportunidades, serem necessários os convênios celebrados nos moldes impostos pela Lei para a válida concessão de renúncias fiscais.

Quanto ao STF e suas decisões, veja-se sua posição sintetizada nos seguintes arestos:

> O art. 155, § 2º, XII, alínea *g*, da CF, só admite a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, mediante convênio." (**ADI 286**, rel. min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 22-5-2002, Plenário, *DJ* de 30-8-2002.) **No mesmo sentido**: **ADI 1.247**, rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 1º-6-2011, Plenário, *DJE* de 17-8-2011.[62]

> "A não incidência do tributo equivale a todas as situações de fato não contempladas pela regra jurídica da tributação e decorre da abrangência ditada pela própria norma. A isenção é a dispensa do pagamento de um tributo devido em face da ocorrência de seu fato gerador. Constitui exceção instituída por lei à regra jurídica da tributação. A norma legal impugnada concede verdadeira isenção do ICMS, sob o disfarce de não incidência. O art. 155, § 2º, inciso XII, alínea *g*, da CF, só admite a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, mediante convênio." (**ADI 286**, rel. min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 22-5-2002, Plenário, *DJ* de 30-8-2002.)[63]

Salienta-se, nesse sentido, que existe no STF a Proposta de Súmula Vinculante nº 69, cujo autor e proponente é o Ministro Gilmar Mendes, visando pacificar o entendimento acerca da necessidade de prévio convênio aprovado

---

[62] Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201474> acesso em 23 de maio de 2016.

[63] Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201474> acesso em 31 de outubro de 2016.

no CONFAZ para a concessão de incentivos e benefícios fiscais quanto ao ICMS e, considerando inconstitucional a inobservância dessa exigência. Espera-se que, com essa medida, se atenue a guerra tributária instalada entre os entes federativos.

Discorrendo sobre a posição adotada no Supremo Tribunal Federal, Fernando Facury Scaff se pronuncia:

> Analisando as incontáveis decisões do STF sobre guerra fiscal do ICMS são encontradas várias deliberações sobre a constitucionalidade da exigência de *prévios* convênios no âmbito do Confaz para validar a concessão de renúncias fiscais. Porém não foram vislumbrados debates sobre a peculiaridade dessa exigência, que é a da regra de unanimidade.[64]

Quanto à regra da unanimidade exigida para a aprovação dos convênios nas decisões do CONFAZ, é mister destacar a ADPF 198, cujo arguente é o Governo do Distrito Federal. Nessa ação, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, questiona-se, de forma específica, a validade da exigência de unanimidade de votos para a aprovação dos convênios em que se concedam benefícios e incentivos fiscais ou concedam ou revoguem isenções no âmbito do ICMS pelos entes federados competentes.

O pedido de liminar requerido na ADPF em referência já foi negado. Resta agora esperar seu julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas unidades federativas, por via de lei estadual específica, tem concedido vantagens fiscais relacionadas ao ICMS. Essa prática visa captar recursos e atrair investimentos para seus territórios ou regiões, em detrimento de outros, convencionando-se chamá-la de guerra fiscal.

---

[64]SCAFF, Fernado Facury. A inconstitucional unanimidade do Confaz e o surpreendente convênio 70. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-12/contas-vista-inconstitucional-unanimidade-confaz-convenio-70?imprimir=1>. Acesso em 23 de maio de 2016.

Desde a Constituição anterior à de 1988, já existia a preocupação com a guerra fiscal. Na Carta Magna vigente, a preocupação subsiste especialmente no que versa sobre o ICMS, mormente por tratar-se de um imposto com caráter nacional, apesar da competência tributária privativa dos Estados Membros e do Distrito Federal.

É válida para a manutenção do Estado Federal Brasileiro, portanto, a exigência dos convênios aprovados no CONFAZ versando sobre a concessão de benefícios e incentivos fiscais e a revogação ou concessão de isenções relativamente ao ICMS. Assim se mostra o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de sua constitucionalidade.

Assim, para a Corte Suprema, a exigência desses convênios aparenta não violar o princípio federativo ou mesmo o princípio democrático, pois garante efetivamente a cada uma das unidades federativas com assento no conselho direito a voto com o mesmo valor que o das demais.

A exigência asseguraria que todos os Estados-Membros, sejam os mais ou os menos ricos e desenvolvidos, recebam igual tratamento, sem que exista a superposição dos interesses de uns sobre outros. Garantir-se-ia dessa forma que somente os benefícios dentro caráter nacional do ICMS sejam aprovados, e não aqueles de natureza simplesmente regional.

Essa exigência garantiria, ainda, a democrática participação de todos os entes federados com assento no CONFAZ. Desse modo, todos eles teriam direito a voto, com o mesmo peso e valor, em condições iguais. É o que faz valer na prática o Princípio Democrático.

Efetivamente, o Tribunal Maior reconhece que o uso de tal procedimento serve para evitar a guerra fiscal e preservar inteiramente os princípios democrático e federativo, e a indissolubilidade da federação.

O ICMS é um imposto de caráter também nacional e, por isso, no que tange à essa peculiaridade, deverá ter caráter redistributivo de riquezas e promover o desenvolvimento em igualdade entre as diversas regiões do país. Nessa concepção, o procedimento imposto pela lei complementar nº 24/75 e a votação unânime para a aprovação de isenções e benefícios fiscais mediante convênio pelo CONFAZ, como exige a Constituição Federal, garante a

integração da federação e o direito de todos os entes em participar da arrecadação do imposto.

Inobstante as opiniões em contrário, este trabalho firma-se na mesma trilha que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões, filiando-se ao entendimento de que a exigência da unanimidade para a legalidade da concessão de incentivos ou benefícios fiscais no âmbito do ICMS entre os entes é verdadeira cláusula pétrea estabelecida pela Constituição Federal.

A soberania popular e o pacto federativo, em que se tem determinadas as competências de todas as entidades federadas, assim se manifestam na nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988**.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo**. São Paulo: Almedina, 2014.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **Instrumentos fiscais de proteção ambiental**. Revista Direito Tributário Atual. São Paulo: Dialética, 2008.

ZOTELLI, Valéria. **Disputa de ICMS guerra fiscal traz insegurança para contribuintes e investidores**. Disponível em <http://www.conjur.com.br /2014-jul-21/valeria-zotelli-guerra-fiscal-traz-inseguranca-investidores >. Acesso em 13.09.2016.

MEIRA, Liziane Angelotti. **Princípio do federalismo e Competência Tributária**. Disponível em < portalperiodicos.idp.edu.br/cienciajuridica/ article/dowload/71/8/497 >. Acesso em 14.09.2013.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia dos estados membros no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: 1964.

BRANDÃO JUNIOR, Salvador Cândido. **Federalismo e ICMS: Estados Membros em “Guerra Fiscal”.** 2013. 193f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Estímulos fiscais do ICMS e a unanimidade exigida no CONFAZ**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 22-29, jan./abr. 2013

GUIMARÃES, Ariane Costa. **As Deficiências Democráticas no CONFAZ**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/as-deficiencias-democraticas-no-confaz>. Acesso em 26 de maio de 2016.

SCAFF, Fernando Facury. **A inconstitucional unanimidade do Confaz e o surpreendente convênio 70**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/ 2014-ago-12/contas-vista-inconstitucional-unanimidade-confaz-convenio-70?imprimir=1>. Acesso em 23 de maio de 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

VELOSO, Jaques. **Democracia do Confaz – Fim da Guerra fiscal está nas mãos do Supremo**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-out-03/restabelecimento-democracia-confaz-fim-guerra-fiscal?imprimir=1>. Acesso em 24 de maio de 2016.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Unanimidade ou maioria nas decisões do CONFAZ –considerações sobre o tema a partir do princípio federativo**. Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, Belo Horizonte, ano 10, n. 59, set. / out. 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975**.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/constituicao/ artigobd.asp?item=%201474> acesso em 23 de maio de 2016.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/constituicao/ artigobd.asp?item=%201474> acesso em 31 de outubro de 2016.

GUERRA FISCAL – ATÉ QUANDO?

Rosemary Carvalho Sales[65]

RESUMO

O presente artigo pretende estudar até quando persistirá a guerra fiscal em torno do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais são concedidos sem aprovação do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, o que tem gerado uma verdadeira guerra fiscal entre as unidades da federação em torno do ICMS. Diante disso, inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI – estão sendo propostas, porém, quem é o maior prejudicado nesta concessão? A sociedade civil que deixa de ter os recursos públicos advindos da tributação normal ou os contribuintes que poderão ser compelidos a recolher ICMS retroativamente a cinco anos? Qual superprincípio, então, deve prevalecer? Da Segurança Jurídica ou da Teoria da Nulidade? Declarar a inconstitucionalidade da lei gera uma carga tributária elevadíssima aos contribuintes. Modular os efeitos da ADI incentiva a guerra fiscal. Qual decisão porá fim a guerra fiscal?

SUMÁRIO:

PALAVRAS-CHAVE: Benefícios Fiscais. Guerra Fiscal. Insegurança Jurídica.

HARMFUL TAX COMPETITION - when it ends?

ABSTRACT

This article aims to study how long the harmful tax competition around the tax on sales and services - ICMS – will persist. Tax benefits are granted without the approval of National Council Financial Policy - CONFAZ, which has generated a real harmful tax competition among the units of the federation around the ICMS. Thus, many direct actions of unconstitutionality are being proposed, however, who are the most affected by the decision? Civil society that no longer has the public resources from the normal taxation or taxpayers who may be compelled to pay the ICMS retroactively to five years? What superprinciple then should prevail? The Legal Certainty or the Theory of Nullity. Declare the unconstitutionality of the law generates a very high tax burden to taxpayers. Modulate the effects of ADI encourages harmful tax competition. What decision will put an end these questions?

Keywords: Tax benefits. Harmful Tax Competition. Juridical insecurity.

[65]Auditora Fiscal da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal. Mestranda em Direito, pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Pós-graduada em Direito Tributário (UDF/ICAT) e em Advocacia Pública (UDF/Cruzeiro do Sul). Graduada em Ciências Contábeis (UDF) e Direito (UCB).

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal atribui a competência para instituir o ICMS aos Estados e ao Distrito Federal (CF, art. 155, inciso II) e determina que a concessão de benefícios fiscais, como isenções, incentivos, redução de base de cálculo, entre outros, relacionados a este imposto, só poderão ser concedidos mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal.

Os Estados, desrespeitando o que determina a Constituição e a Lei Complementar 24/75, têm concedido benefício fiscal unilateralmente, sem autorização prévia em convênio elaborado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Isso tem gerado inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas justamente para discutir a concessão ilegal desses benefícios.

Assim, este artigo será dividido em três partes, para um melhor entendimento do assunto. A primeira parte apresentará as concessões de benefícios fiscais, abordando os seus requisitos de validade, segundo o que determina a Constituição e a Lei Complementar 24/75, o contexto político no qual foi editada a Lei Complementar 24/75 e a finalidade dos benefícios fiscais como norma indutora de comportamento. A segunda parte demonstrará os inúmeros problemas advindos da não observância dos ditames constitucionais. E, por último, discutirá as conseqüências advindas da procedência de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e a possibilidade de modulação dos seus efeitos.

1. BENEFÍCIOS FISCAIS: NOÇÕES GERAIS

Os benefícios tributários como isenção, anistias, remissões, subsídios, créditos presumidos, alterações de alíquotas e mudanças na base de cálculo representam o poder de tributar visto ao inverso, ou seja, deixar de tributar o que poderia ser tributado. Para excluir alguém de pagar imposto a todos atribuídos, deve-se perquirir os fins que justificam a concessão desse benefício e os efeitos externos que produzem ou devem produzir.

Os benefícios fiscais são utilizados na função extrafiscal do tributo, ou seja, o fim não é arrecadatório[66]. É, antes de tudo, um meio de indução de certos comportamentos ou resultados, visando um objetivo maior: intervenção na ordem econômica, precipuamente, com o escopo de reduzir as desigualdades regionais e sociais, atraindo investimentos para o seu estado. É a utilização de instrumento tributário na realização de políticas públicas. A produção desses efeitos externos (sociais, econômicos, concorrenciais, entre outros) é tão ou mais importante que a arrecadação, que passa ao segundo plano. [67]

Nesse sentido, por afetar outros estados – atração de investimentos a seus estados – em matéria de ICMS, a Constituição, em seu art. 155, § 2º, XII, "g", determina que cabe à Lei Complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. A Lei Complementar que trata do assunto é a Lei Complementar 24/75 e, em seu art. 1º, estabelece que as isenções relativas a este imposto só devem ser concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Quaisquer benefícios concedidos ao sujeito passivo, no que concerne ao ICMS, que resulte redução ou eliminação do respectivo ônus tributário, somente terão validade se forem aprovados por meio de convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal, tais como: redução da base de cálculo; devolução de tributo; concessão de créditos presumidos e quaisquer outros incentivos ou favores fiscais.

2. BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS SEM APROVAÇÃO DO CONFAZ: CONSEQUÊNCIAS.

---

[66] CORREIA NETO, Celso de Barros. *O Avesso do Tributo*. São Paulo: Almedina, 2016. 2º edição. Pág. 93.

[67] CORREIA NETO, Celso de Barros. *O Avesso do Tributo*. São Paulo: Almedina, 2016. 2º edição. Pág. 93.

A Lei Complementar 24/75, recepcionada pela Constituição de 1988, exige decisão unânime dos Estados representados para concessão de benefícios e quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes para sua revogação total ou parcial (art. 2º, § 2º).

Diante da exigência da unanimidade, os estados mais ricos vetam as isenções concedidas pelos estados mais pobres porque os consideram concorrentes. A deliberação entre os estados deveria ter como objetivo nacional reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, III), utilizando a extrafiscalidade no ICMS. No entanto, utilizam-se do poder de veto para impedir o progresso dos menos favorecidos com a intenção de permanecer no comando econômico. Agem numa condição concorrencial ao invés de solidariedade.[68]

Os Estados e o Distrito Federal, ao definirem as políticas públicas a serem implementadas, deveriam utilizar o tributo como meio de intervenção na economia visando o interesse comum, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e não utilizar o tributo para fomentar instabilidade tributária e desrespeito à Constituição.

Apesar de determinação constitucional e legal (convênio e *quórum* unânime), os Estados continuam concedendo benefícios fiscais sem aprovação do CONFAZ. Isso tem gerado inúmeras conseqüências: declaração de nulidade com efeito *ex-tunc* da decisão; estorno de crédito tributário concedido por benefícios sem aprovação do CONFAZ; recusa da vigência e eficácia da norma do benefício fiscal; convalidação de normas concessivas de benefícios concedidos irregularmente.

Todos esses problemas têm gerado insegurança jurídica, estimulando concessão de benefícios sem aprovação do Confaz, gerando instabilidade nas relações jurídico-tributárias. Até quando?

---

[68] CORREIA NETO, Celso de Barros. *O Avesso do Tributo*. São Paulo: Almedina, 2016. (Capítulo III, p. 77-124).

2.1. Estorno do Crédito Tributário: Benefícios Fiscais Concedidos sem Aprovação do CONFAZ

O estorno do crédito tributário concedido por benefícios sem aprovação do CONFAZ é uma das punições previstas no art. 8º da Lei Complementar 24/75, pois a concessão de benefício ou de incentivo fiscal relativo ao ICMS, sem prévio convênio interestadual que o autorize, contraria o art. 155, § 2º, inc. XII, alínea g, da Constituição da República.

Essa punição é uma das maneiras encontradas pela lei complementar de inibir a ilegalidade, pois o contribuinte não poderá abater do ICMS das operações seguintes o crédito correspondente às operações anteriores, em razão do benefício concedido pelo estado de origem ter sido concedido unilateralmente, ou seja, sem aprovação do CONFAZ. Nesse caso, não tem aplicação o princípio da não cumulatividade do ICMS, em razão da lei concessiva do crédito estar em desacordo com o determinado pela Lei Complementar 24/75, conseqüentemente, contrariando ao previsto na Constituição da República.

Essa penalidade foi reproduzida nas leis estaduais e do Distrito Federal. O parágrafo 2º da Lei 1.254/96, que institui o ICMS no Distrito Federal, assim estabelece:

> Art. 4º As isenções do imposto somente serão concedidas ou revogadas, nos termos da *Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975*, por meio de convênios celebrados e ratificados pelas unidades federadas e pelo Distrito Federal, representado pelo Secretário de Fazenda e Planejamento.
>
> (...)
>
> § 2º *A inobservância dos dispositivos da lei complementar* citada no caput deste artigo acarretará, imediata e cumulativamente :
>
> I - a nulidade do ato e a *ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria ou serviço*;
>
> II - a exigibilidade do imposto não-pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato de que conste a dispensa do débito correspondente.

O art. 59 do Decreto 18.955/97 que regulamenta a Lei 1.254/96 do Distrito Federal estabelece o não aproveitamento de crédito nos casos de concessão de benefícios fiscais sem aprovação do CONFAZ.

Esse problema é tão recorrente que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral do tema em outubro de 2011, no Recurso Extraordinário 628075/RS[69], *in verbis*:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. GUERRA FISCAL. CUMULATIVIDADE.ESTORNO DE CRÉDITOS POR INICIATIVA UNILATERAL DE ENTE FEDERADO. ESTORNO BASEADO EM PRETENSA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL INVÁLIDO POR OUTRO ENTE FEDERADO. ARTS. 1º, 2º, 3º, 102 e 155, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 8º DA LC 24/1975. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA.

Seguindo o entendimento do relator à época, ministro Joaquin Barbosa (aposentado), a questão de fundo trazida *"consiste em saber se os entes federados podem reciprocamente retaliarem-se por meio de sua autonomia ou, em sentido diverso, compete ao poder judiciário exercer as contramedidas próprias da atividade de moderação (checks and counterchecks)."*

O referido Recurso Extraordinário, atualmente de relatoria do ministro do STF Edson Fachin, questiona o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) que considerou ser constitucional e legítima legislações local e federal que permitiriam ao ente federado negar ao adquirente de mercadorias o direito ao crédito de ICMS destacado em notas fiscais, nas operações interestaduais provenientes de estados da Federação que concedessem benefícios fiscais tidos como ilegais.

O demandante buscou no Supremo a reforma do acórdão para assegurar o direito ao creditamento integral do valor destacado na nota fiscal que acoberta a entrada do bem, bem como para permitir a utilização dos créditos que teriam deixado de ser aproveitados em razão das vedações previstas no art. 16 da Lei 8.820/89 do Estado do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

> Art. 16 - Para efeito de apuração do montante devido a que se refere o artigo 21, não é admitido crédito fiscal:
>
> (...)
>
> II - destacado em documento fiscal relativo a mercadorias entradas no estabelecimento ou a serviços a ele

[69] Supremo Tribunal Federal. RE 628075/RS - Rio Grande do Sul – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Rel. Min. Edson Fachin. Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico. Data do Julgamento 13/10/2011. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 Publicado em 01-12-2011.

> prestados, quando o imposto tiver sido devolvido, no todo ou em parte, ao próprio ou a outro contribuinte, por outra unidade da Federação, mesmo sob a forma de prêmio ou estímulo;

Ocorre que o artigo guerreado tem como supedâneo o art. 8º da Lei Complementar 24/75, que determina como punição a não utilização do crédito fiscal por ter sido o benefício fiscal concedido unilateralmente, sem aprovação do CONFAZ. Essa lei, como já fora dito, é a lei complementar determinada pela Constituição para fins de deliberação da forma como os Estados e o Distrito Federal deveriam conceder benefícios fiscais. E, como supramencionado, o estorno do crédito fiscal, segundo a própria lei complementar, é medida que se impõe ao contribuinte quando a origem do crédito se der em decorrência de um benefício fiscal obtido ou concedido sem aprovação do CONFAZ.

É imprescindível, portanto, determinar se as retaliações com supedâneo na Lei Complementar 24/75 têm amparo na Constituição. Por outro lado, cabe ressaltar que o valor dispensado pelo estado de origem ao ser anulado (estornado) pelo estado de destino transfere o benefício concedido pelo primeiro ao segundo, pois, como não será deduzido do montante levado a débito o crédito correspondente da operação anterior, o valor a ser recolhido no estado de destino será maior.

Assim, o valor dispensado pelo estado de origem, visando atrair recursos ao seu estado, acaba por favorecer o estado de destino quando o crédito é estornado.

Observe que o recurso extraordinário, em comento, foi autuado em agosto de 2010, tendo sido reconhecida a repercussão geral em outubro de 2011 e, só agora, outubro de 2016, que o ministro Edson Fachin decidiu pela suspensão do processamento dos feitos pendentes que versem sobre a presente questão e tramitem no território nacional.

Até a decisão final para se saber se os estados podem ou não se retaliarem mutuamente, quando benefícios fiscais forem concedidos sem aprovação do CONFAZ, levará tempo. Depois disso, caso a retaliação seja considerada inconstitucional, ainda se perguntará se o estado de destino deverá devolver ao estado de origem ou ao contribuinte o que foi arrecadado a mais em razão do estorno do crédito fiscal concedido pelo estado de origem.

Por outro lado, é necessário entender que os créditos que devem ser anulados são os que extrapolam as determinações constitucionais e legais, a exemplo de manutenção de crédito referente a isenções concedidas. Neste caso, o contribuinte poderá propor ação de repetição de indébito no Estado de destino, no prazo de cinco anos, nos termos do art. 168 do CTN.

2.2. Recusa da Vigência e Eficácia da Norma do Benefício Fiscal

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Civil do Recurso Extraordinário 628075/RS, afastou o creditamento integral do ICMS cobrado e destacado nas notas fiscais, nas operações de compra e venda de pele e de couro provenientes de frigoríficos localizados no Estado do Paraná.

O afastamento ocorreu por ter sido o benefício fiscal (redução de base de cálculo) concedido pelo Estado paranaense sem aprovação do Confaz, haja vista a alíquota interestadual a ser aplicada nas operações de compra e venda de mercadorias entre o estado do Paraná e o do Rio Grande do Sul ser 12% (doze por cento) e o estado do Paraná reduziu para 7% (sete por cento).

O aproveitamento de créditos fiscais no percentual de 7% (sete por cento) contraria o art. 8º da Lei Complementar 24/75, como também o previsto no art. 19 da Lei Complementar 87/96 e art. 155, inciso VII, da Constituição da República.

Pois, segundo o art. 19 da Lei Complementar 87/96, do imposto devido em cada operação relativa ao ICMS será compensado com o montante cobrado nas operações anteriores com o mesmo ou por outro Estado. Assim, no primeiro exemplo abaixo, retrata-se a compra realizada pelo contribuinte no Estado do Paraná e no segundo exemplo a operação de venda da mesma mercadoria, já no estado do Rio Grande do Sul. Quanto seria o valor a ser recolhido ao Estado do Rio Grande do Sul?

Exemplo 1 (compra):

Valor da operação: R$ 5.000,00

Alíquota aplicada: 12%

ICMS = R$ 5.000,00 x 12% = R$ 600,00

Base de cálculo reduzida em 20% = R$ 4.000,00

ICMS = R$ 4.000,00 x 12% = R$ 480,00

Exemplo 2 (venda):

Valor da operação: R$ 10.000,00

Alíquota aplicada: 17%

ICMS = R$ 10.000,00 x 17% = R$ 1700,00

Diante dessa operação de compra e venda, qual seria o valor a recolher? Seria o valor de R$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais) diminuído de R$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais), totalizando R$ 1.220,00 (um mil duzentos e vinte reais)? Ou seria o valor de R$1.700,00 (um mil e setecentos reais) diminuído de R$ 600,00 (seiscentos reais), totalizando R$ 1.100,00 (um mil e cem reais)?

Segundo o art. 19 da Lei Complementar 87/96, seria o valor de R$ 1.220,00 (um mil duzentos e vinte reais), pois do montante devido por ocasião da saída da mercadoria (venda) deverá ser compensado com o montante cobrado por ocasião da entrada da mercadoria. E o valor cobrado e pago no estado de origem (Paraná) é de R$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais) e não R$ 600,00 (seiscentos reais), pois houve uma redução de base de cálculo.

A manutenção do valor valor reduzido só seria possível se houvesse legislação expressa nesse sentido. Neste caso, como se trata de um benefício fiscal, só se manteria o crédito com a aprovação do CONFAZ, pois essa manutenção afeta os estados de destinos que teriam esse valor reduzido de sua arrecadação.

No caso em comento, a alíquota interestadual entre os estados do Paraná e do Rio Grande do Sul é 12% (doze por cento), reduzir para 7% (sete por cento) significa que o Estado do Paraná abriu mão de recolher a seus cofres públicos 5% (cinco por cento). Porém, se mantiver o crédito ao patamar de 12% (doze por cento) em nada será prejudicado o Estado do Rio Grande do Sul, pois esta é a alíquota a ser aplicada nas operações interestaduais entre o Paraná e o Estado do Rio Grande do Sul, salvo quanto à captação de recursos,

pois os contribuintes deixarão de comprar no estado do Rio Grande do Sul porque no Paraná terá economia de 5% (cinco por cento).

Ocorre que, em se tratando de benefícios fiscais, a Constituição da República é clara em estabelecer que precisa de convênio para fins de concessão de benefícios fiscais, o que de fato não ocorreu no caso sobredito. Qual lei complementar deve prevalescer: a Lei Complementar 87/96, que permite abater do imposto devido o crédito cobrado correspondente à mercadoria? Se assim for, deverá ser 7% (sete por cento), que foi o valor cobrado e não 12% (doze por cento), que é o percentual legal. Cumprir essa lei complementar, neste caso, é reduzir a alíquota ao patamar de 7% (sete por cento), o que estaria validando o benefício concedido ilegalmente.

Aplicar a Lei Complementar 24/75, significa invalidar a lei concessiva do benefício e o contribuinte, neste caso, deveria complementar a diferença para o Estado do Paraná que abriu mão dessa receita, não ao Estado do Rio Grande do Sul que, por outro lado, deverá ressarcir o contribuinte ou o Estado do Paraná com o valor que foi recolhido a maior em razão do crédito ser maior que o efetivamente cobrado. Em ambos os casos haverá um passivo financeiro para o contribuinte ou para o Estado do Rio Grande do Sul por um período de até 5 (cinco) anos.

Observe-se que, tanto a aplicação de uma ou de outra lei complementar, o Estado reclamente só terá prejuízo. No primeiro caso, na convalidação do benefício, o Estado concedendo um crédito maior que o cobrado, reduz o valor a recolher a seu Estado. Ao contrário, atribuindo apenas o crédito de 7%, o recolhimento aos seus cofres será maior, no entanto, terá que devolver ao contribuinte ou ao Estado do Paraná o valor recolhido indevidamente no prazo de cinco anos, caso o benefício fiscal seja declarado inconstitucional.

Então, passando à análise de uma concessão de isenção, manutenção de crédito de uma mercadoria que foi beneficiada com a isenção, mantida a venda nas mesmas condições:

Exemplo 1 (compra):

Valor da operação: R$ 5.000,00

Alíquota aplicada: 12%

ICMS = R$ 5.000,00 x 12% = R$ 600,00

Isenção = 100%

ICMS = R$ 0,00

Exemplo 2 (venda):

Valor da operação: R$ 10.000,00

Alíquota aplicada: 17%

ICMS = R$ 10.000,00 x 17% = R$ 1700,00

Diante dessa operação de compra e venda , qual seria o valor a recolher? O valor de R$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais) diminuído do crédito de R$ 0,00 (zero reais), totalizando R$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)? Ou o valor de R$1700,00 (um mil e setecentos reais) diminuído de R$ 600,00 (seiscentos reais), totalizando R$ 1.100,00 (um mil e cem reais)? Com a manutenção do crédito, o Estado do Rio Grande do Sul receberá R$ 1.100,00 (um mil e cem reais) e não R$= 1.700,00 (um mil e setecentos reais).

Invalidar o benefício fiscal por não ter sido concedido com a aprovação do CONFAZ, significa não manter o crédito porque não foi cobrado, aumenta a arrecadação do Estado do Rio Grande do Sul. Não há prejuízo ao Estado do Paraná porque a mercadoria é isenta. Isso se já o fosse anteriormente, porém, se a concessão for fictícia, apenas para diminuir a arrecadação do estado de destino e atrair recursos ao estado de origem (Paraná), fere mortalmente a Lei Complementar 24/75 e a Constituição da República.

E a invalidade da lei é medida que se impõe para salvaguardar o direito do Estado de destino que teve sua arrecadação prejudicada por uma manutenção de crédito de uma mercadoria isenta e que o contribuinte não pagou nada a título de ICMS na operação anterior que justificasse a sua compensação com o montante devido em operação posterior ao estado de destino.

Nesse caso, a manutenção de crédito em operações isentas se tornar nulo o benefício fiscal, o contribuinte deverá arcar com o passivo tributário de até cinco anos ao estado de destino.

Nesta guerra fiscal não há um só perdedor, todos perdem, ora o Estado de destino, ora o contribuinte e, ainda, talvez em menor grau ou não, o estado de origem, que pode perder a confiança depositada pelos contribuintes e afastar definitivamente recursos que poderiam ser auferidos em seu território, ou ter o melhor dos dois mundos: captação de recursos e, ainda, recursos financeiros extras em razão do passivo financeiro que deverá ser suportado pelo contribuinte.

O entendimento da primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70015282189) foi por manter a sentença e afastar o creditamento integral do ICMS, cobrado e destacado nas notas fiscais, nas operações de compra e venda de pele e de couro provenientes de frigoríficos localizados no Estado do Paraná.

Considerou que a redução da base de cálculo do tributo nas operações de saída, benefício fiscal concedido na operação pela legislação do Estado paranaense, configura hipótese de não incidência parcial, sendo que o estorno proporcional do respectivo crédito não ofende ao princípio da não cumulatividade, previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da Carta da República.

Assentou, portanto, a constitucionalidade do artigo 16, inciso II, da Lei nº 8.820/89 do Estado do Rio Grande do Sul, que impede o aproveitamento de crédito quando for concedido sem aprovação do CONFAZ.

Essa decisão, no entanto, tem por consequência a cobrança de um passivo tributário devido ao estado de destino (RS) por um período máximo de cinco anos, pois o contribuinte deverá recolher a diferença ao Estado de destino, em razão de ter dado um crédito maior que o efetivamente pago.

Assim os argumentos expendidos pelo demandante que, em síntese, é a violação da regra da não-cumulatividade, por impedir ao contribuinte de creditar-se do valor do tributo cobrado em operações anteriores; ofensa ao pacto federativo, por considerar que nenhum ente da federação pode declarar a inconstitucionalidade de legislação de outro membro da Federação e, ainda, por

acreditar que os estados de destino considerem todas as operações realizadas com empresas localizadas no Estado do Paraná, beneficiárias de incentivo fiscal viciado e inválido.

Quanto ao primeiro item, não há que se falar em violação do princípio da não-cumulatividade, porque o crédito que deverá ser compensado é no limite determinado pela própria Constituição e legislação complementar, em especial, a da Lei Complementar 87/96, conforme acima já demonstrado. A diferença, a depender do tipo de benefício fiscal e se houver suspensão ou não da cobrança, caberá ou ao contribuinte ou ao estado de destino arcar com o passivo tributário.

No que se refere à violação do pacto federativo, a Lei Complementar 24/75 é a lei prevista na Constituição para regular a forma como os benefícios e incentivos fiscais serão concedidos, e em seu art. 8º prevê a punição em caso de descumprimento. Assim, quando um estado não concede o crédito referente a um benefício que não foi aprovado pelo Convênio, na realidade está cumprindo a própria lei que regula a matéria.

Quanto à presunção de que todas as operações advindas do Estado do Paraná são beneficiárias de incentivo fiscal viciado, não é argumento válido, pois uma das caraterísticas do ICMS é a não cumulatividade, ou seja, compensa-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou por outro Estado (art. 19 da Lei 87/97).

Contudo, quando as operações antecedentes forem isentas ou não tributadas, não geram direito ao crédito de ICMS (§ 1º do art. 20 da Lei 87/97), pois não há o que se compensar. A manutenção só seria válida se concedida nos termos da Lei Complementar 24/75, ou seja, aprovada pelo CONFAZ.

Porém, a manutenção do crédito concernente às operações isentas ou não tributadas relativas a venda de produtos agropecuários, como concedida pelo estado do Paraná (§ 2º do art. 16 da Lei 8.820/89), além de contrariar o disposto no § 1º do art. 20 da Lei Complementar 87/96, contraria o art. 155, § 2º, inc. XII, alínea g, da Constituição da República (concessão de benefício fiscal relativo ao ICMS só por convênio interestadual que o autorize).

> à previsão de manutenção de crédito para as operações de remessa interestadual, na forma do art. 155, § 2º, XII, f, CF/88. No entanto, deve ser observada a vedação da concessão unilateral de benefícios fiscais no âmbito do ICMS, conforme o art. 155, § 2º, XII, g, CF/88. **A Suprema Corte já apreciou essa matéria assentando que a manutenção do crédito fiscal nos casos em que há redução da base de cálculo ou isenção não afronta o princípio da não-cumulatividade. Contudo, ressalvou que, para evitar a guerra fiscal, benefícios fiscais serão concedidos e revogados mediante deliberação dos Estados-membros e do Distrito Federal, aduzindo que o ato normativo estadual sujeita-se a lei complementar ou a convênio, a teor do artigo 155, § 2º, inciso XII, f, da CF/88.**

Nesse sentido não é razoável manter o crédito fiscal concedido em desacordo com os ditames constitucionais e legais. Todavia, apesar de regra clara quanto à concessão de benefício fiscal, alguns entes federados, usando da autonomia legislativa e administrativa que a Constituição lhes confere, têm anulado unilateralmente os efeitos econômicos dos benefícios fiscais. O Estado do Rio Grande do Sul fez isso ao prever no art. 16 da Lei 8.820/89, a anulação do crédito fiscal quando o imposto incentivado for devolvido pelo estado de origem ao contribuinte. Vejam:

> Art. 16 - Para efeito de apuração do montante devido a que se refere o artigo 21, não é admitido crédito fiscal:
>
> (...)
>
> II - destacado em documento fiscal relativo a mercadorias entradas no estabelecimento ou a serviços a ele prestados, quando o imposto tiver sido devolvido, no todo ou em parte, ao próprio ou a outro contribuinte, por outra unidade da Federação, mesmo sob a forma de prêmio ou estímulo;

Assim, o recurso extraordinário 628075/RS, encontra-se com repercussão geral reconhecida, conforme supramencionado, e discutirá o creditamento de ICMS incidente em operação oriunda de outro ente federado que concede, unilateralmente, benefício fiscal. O ministro relator do caso, Edson Fachin, proferiu decisão suspendendo o processamento dos feitos pendentes que versem sobre a presente questão.

2.3. Convalidações dos Benefícios Fiscais

Outro problema sobre o qual o STF reconheceu a Repercussão Geral (Recurso Extraordinário 851.421 – Distrito Federal), de relatoria do ministro Marco Aurélio, refere-se à controvérsia relativa à constitucionalidade da prática mediante a qual os Estados e o Distrito Federal, respaldados em consenso

alcançado no âmbito do CONFAZ, perdoam dívidas tributárias surgidas em decorrência do gozo de benefícios fiscais assentados como inconstitucionais pelo Supremo, porque implementados em meio à chamada guerra fiscal do ICMS.

Neste julgado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, por unanimidade, reputou constitucional a questão, entendendo que o princípio da segurança jurídica é sobreprincípio do qual derivam todos os demais princípios. Tal princípio encontra-se acima da própria Constituição e merece observância quando atos ou situações jurídicas são constituídos sob a presunção de constitucionalidade da norma e quando o desfazimento se afigura mais prejudicial do que a própria manutenção do ato.

Por outro lado, afastar a inconstitucionalidade ante a impossibilidade de créditos oriundos de benefícios fiscais ilegítimos serem posteriormente perdoados, contribui para fomentar a odiosa guerra fiscal travada entre as unidades da federação em relacão ao ICMS, ao tornar letra morta todo o arcabouço constitucional de limitações ao poder de tributar.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT entende que o tribunal contrariou o disposto nos artigos 146, inciso III, alínea b, 150, § 6o, e 155, § 2o, inciso XII, alínea g, da Constituição da República e preceitos da Lei Complementar 24/75, enfatizando a fraude praticada por meio da Lei 4.732/2011, ao se pretender convalidar a inconstitucionalidade dos referidos benefícios.

A questão suscitada neste julgamento em nada contrariaria ao disposto na Constituição, não fosse o ato de origem: leis declaradas inconstitucionais. No entanto, a remissão é um benefício fiscal (CF, art. 150, § 6º e art. 14 da LC 101/2000 – LRF) e, de acordo com o próprio art. 155, § 2o, inciso XII, alínea g, da Constituição, necessita de deliberação entre os estados e Distrito Federal para a sua concessão. Houve, na verdade, dois convênios (84 e 86, ambos de 2011) deliberados exatamente para conceder a suspensão e a remissão tratadas na Lei 4.732/2011.

O STF analisará a possibilidade de perdão de dívidas tributárias surgidas em decorrência de benefícios fiscais implementados no contexto de guerra fiscal

e que foram declarados inconstitucionais pela Corte. A matéria é tema do Recurso Extraordinário (RE) 851421, que teve repercussão geral reconhecida por unanimidade em deliberação no Plenário Virtual do STF.

Em sua manifestação na análise quanto à repercussão geral do caso, o relator do RE, ministro Marco Aurélio, afirmou que o tema merece o pronunciamento do Supremo, tendo em vista a existência de leis que promovam a suspensão e remissão de créditos oriundos de benefícios julgados inconstitucionais. No caso da lei do DF, há ainda a peculiaridade de o perdão da dívida ter sido aprovado previamente pelo CONFAZ.

"A controvérsia, passível de repetição em inúmeros casos, está em saber se podem os Estados e o Distrito Federal, mediante consenso alcançado no âmbito do Confaz, perdoar dívidas tributárias surgidas em decorrência do gozo de benefícios fiscais implementados no âmbito da chamada guerra fiscal do ICMS, assentados inconstitucionais pelo STF", afirmou o relator.

A Lei Distrital 4.732/2011 suspendeu a exigibilidade dos créditos e promoveu a remissão de créditos de ICMS originados da Lei Distrital 2.483/99, julgada inconstitucional pelo STF na ADI 2549, e da Lei Distrital 2.381/99, considerada inconstitucional pelo TJDFT em várias ações civis públicas, com recursos extraordinários ao STF desprovidos – inclusive com decisão transitada em julgado.

As leis foram consideradas inconstitucionais por concederem benefícios fiscais sem aprovação prévia dos demais estados, como previsto no artigo 155, parágrafo 2º, alínea "g", da Constituição Federal. Para o MPDFT, o perdão da dívida tributária significa fraude praticada por meio de lei, consistente em convalidar os benefícios declarados inconstitucionais.

Toda essa manobra consiste única e exclusivamente em afastar a exigibilidade do imposto que outrora já não se pagava, pois a conseqüência de uma lei que concedia benefícios fiscais ser declarada inconstitucional é a obrigatoriedade do recolhimento do tributo por parte do contribuinte retroativamente a cinco anos.

O Distrito Federal que é o ente competente para exigir o imposto, observando o princípio da segurança jurídica e da boa-fé dos contratos, resolveu

agora, em cumprimento às determinações constitucionais e legais, conceder a remissão do ICMS que foi anteriormente dispensado por lei que foi declarada inconstitucional.

Se o STF quiser exercer o seu papel de guardião da Constituição, não poderá permitir certa manobra, pois a origem das leis suspensivas e remissivas dos impostos tem como origem lei declarada inconstitucional. Se fosse para eximir o contribuinte do pagamento retroativo do ICMS, o próprio Supremo já teria modulado os efeitos da decisão quando da apreciação da ADI 2549/DF[70].

Por outro lado encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o PLP 54/2015, de autoria da Senadora Lúcia Vânia e outros Senadores, que *"Dispõe sobre convênio que permita aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais"*.

Esse projeto é a extensão do PLS 130/2014 aprovado no Senado, com votos contrários de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. Se aprovado de acordo com o texto original que passou no Senado, o projeto *permitirá a convalidação de todos os incentivos concedidos pelos Estados ou pelo Distrito Federal até 1º de maio de 2014 sem a prévia aprovação por unanimidade do CONFAZ,* conforme determinam a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 24/75, assim como concede remissão e anistia dos créditos tributários referentes.

Além disso, anula as punições previstas em lei para estados que concederam incentivos sem autorização do CONFAZ. Para aprovação e ratificação deste convênio exige no mínimo dois terços das unidades federadas e um terço das unidades federadas integrantes de cada uma das cinco regiões

---

[70] Supremo Tribunal Federal. ADI 2549/DF – DISTRITO FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 01/06/2011. DJe-189 Divulg 30.09.2011. Public 03.10.2011. Republicação: DJe-209 Divulg 28.10.2011. Public. 03.11.2011.

do país (art. 2º). Percebe-se que, neste caso, a unanimidade exigida pela Lei Complementar 24/75 será alterada.

Em todos esses casos, os fundamentos veiculados foram a afronta ao artigo 155, § 2o, inciso XII, alínea g, da Carta da República. Essa celeuma toda fez com que o Ministro Gilmar Mendes propusesse a Sumúla Vinculante 69, entendendo que se revela adequada, necessária e razoável ao combate da guerra tributária firmada entre os entes federativos, com sugestão de edição do seguinte enunciado:

> Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.

Em sentido contrário à sua aprovação, argumenta-se, preliminarmente, a necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento da ADPF 198, que discute o *quórum* para a aprovação de convênios que tratam da concessão de benefícios fiscais. Naquele julgado, o arguente (DF) afirmou que a exigência de decisão unânime para a aprovação dos referidos benefícios fiscais contraria o princípio democrático, inscrito no Preâmbulo e no art. 1º da Constituição Federal, por desconsiderar a vontade da maioria.

Argumentou que a Constituição não exige unanimidade para aprovação de qualquer dos diplomas legais que compõem o processo legislativo, sendo possível a revogação da própria Lei Complementar 24/75 por maioria absoluta (CF, art. 69). Alegou, ainda, que tais normas da Lei Complementar 24/75 vulneram o princípio federativo, porque interferem na autonomia dos Estados-membros, conferindo mais poderes a um ente federativo que aos demais, haja vista a possibiidade de uma única manifestação contrária à concessão do benefício sobressair-se à vontade dos outros.

Apontou, finalmente, desrespeito ao princípio da proporcionalidade, ao argumento de que exigência de unanimidade não é adequada ao alcance da finalidade a que se propõe, qual seja, o desestímulo à chamada guerra fiscal. Nessa linha, aduziu que a referida unanimidade não é necessária nem razoável, pois a eficácia da norma seria igualmente alcançada na hipótese de se consagrar a vontade da maioria.

Todos esses problemas são temas de repercussão geral que se encontram pendentes de julgamento. A questão central, no entanto, gira basicamente em torno de se saber se deve ser declarada a inconstitucionalidade da lei com efeito *ex-tunc* ou se para salvaguardar o direito do contribuinte, modular os efeitos das ações diretas de inconstitucionalidade.

2.4. Efeitos *Ex-tunc* da Decisão ou Modulação dos Efeitos das Decisões

É sabido que o efeito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade é *ex tunc*, ou seja, a norma jurídica em desacordo com a Constituição é retirada do mundo jurídico desde a sua origem. É a chamada Teoria da Nulidade.

Ocorre que, no direito tributário, o prazo decadencial para se constituir o lançamento tributário, segundo o art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, é de cinco anos. Isso quer dizer que declarar a inconstitucionalidade de uma lei que concede benefício fiscal a contribuinte é exigir que ele pague o tributo que deixou de recolher em razão desse benefício, retroativamente a cinco anos (prazo que a Fazenda Pública pode constituir o lançamento). Isso poderá retirar a possibilidade do contribuinte de seguir com a sua atividade.

Dessa forma, declarar a inconstitucionalidade de lei, observando exclusivamente a norma no que se refere estar de acordo com a Constituição é fácil, porém, garantir a segurança jurídica aos contribuintes no sentido de não serem compelidos a pagar aos Estados o imposto que deixou de ser recolhido em razão do benefício fiscal previsto em lei declarada inconstitucional, é outra questão.

Isso porque duas diretrizes constitucionais estão em atrito: declarar a inconstitucionalidade da lei aplicando o efeito *ex tunc* (teoria da nulidade) e o Princípio da Segurança Jurídica, o qual garante ao contribuinte o direito de não ser surpreendido com decisão que poderá prejudicá-lo. Ainda mais por estar cumprindo a lei que presumivelmente é constitucional.

Uma solução foi dada: a modulação dos efeitos da declaração de nulidade. Os efeitos não retroagiriam de forma a atingir os fatos pretéritos, o que é permitido pelo art. 27 da Lei 9868/99. No entanto, mesmo com esta solução

ainda continuariam outros problemas: como resolver a questão do pacto federativo e pôr fim à guerra fiscal?

Como então resolver? Uma hipótese seria alterar o *quórum* de aprovação no âmbito do CONFAZ, pois, geralmente, os benefícios fiscais são vetados exatamente pelos estados mais poderosos economicamente, não se importando com o desenvolvimento regional e social do país, tal como sugerido pelo PLP 54/2015 acima comentado.

3. INSEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Há previsão de modulação dos efeitos da ADI prevista no art. 27 da Lei 9.868/98 quando estiverem em jogo razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Aquela foi a razão de decidir da ADI 4.171/DF[71], onde os efeitos foram modulados para que a inconstitucionalidade da lei só produzisse efeito a partir de 6 (seis) meses contados da publicação do acórdão.

Diante disso, deve-se perguntar qual seria a melhor decisão: tirar do mundo jurídico norma inconstitucional desde a origem (efeito *ex-tunc*), o que tem trazido diversos transtornos ao contribuinte, diante da insegurança jurídica quanto ao acordado com o estado, ou modular os efeitos para salvaguardar realidades de impossível desconstituição ou cuja reversão traria mais prejuízo à sociedade?

Atualmente, têm sido considerados outros argumentos além dos jurídicos nas decisões judiciais, justamente pensando nas consequências políticas, econômicas ou sociais que podem ocorrer. Porém, qual é esse limite? Isto porque, julgar modulando os efeitos, com efeitos *ex-nunc,* contribuiria para o fomento da guerra fiscal. Por outro lado, se declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex-tunc*, os contribuintes teriam que recolher o passivo tributário retroativamente a 5 (cinco) anos, o que quebraria o acordo firmado entre o estado e o contribuinte que acreditou e aceitou as condições propostas pelo Estado.

---

[71] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.171/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 20.05.2015. Órgão Julgado: Tribunal Pleno. Dje-164, publicado em 21.08.2015.

Diante desse dilema, as decisões estão sendo tomadas levando-se em conta as consequências jurídicas de cada caso.

Nas questões judiciais envolvendo matéria tributária, em especial, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem-se utilizado de argumentos que extrapolam o que é dito como jurídico. São questões que, normalmente, extrapolam os interesses subjetivos da causa. São relevantes não só do ponto de vista jurídico, como também político, social e econômico. E as consequências advindas dessas decisões podem provocar, por um lado, impacto financeiro demasiadamente negativo nas contas públicas e, por outro lado, onerar excessivamente o contribuinte a ponto de inviabilizar sua atividade.[72]

Diante desse problema, tem-se perguntado se é legítimo decidir com fundamentos e argumentos além dos jurídicos, observando critérios de relevância política, social ou econômica, com foco nas consequências resultantes da sentença.

Para Basile Christhopolus[73], não se deve desprezar as normas na análise da melhor decisão pelas suas consequências unicamente, pois haveria dificuldade em se saber quais consequências importarão e qual a melhor forma de avaliação destas. Por outro lado, o questionamento acerca do uso de consequências surge quando são utilizados argumentos numa decisão judicial que explora argumentos relacionados aos efeitos e conquências das decisões.

Tathiane Piscitelli entende que os argumentos devem ser convincentes e guardar coerência com a ordem jurídica. Identificar a norma aplicável ao caso, apresentar as razões pelas quais a decisão não é contraditória com o sistema jurídico, verificar se a decisão realiza os fins e valores perpetuados pelo sistema (teste de coerência) e, por fim, o juiz deve demonstrar que a decisão possui consequências jurídicas aceitáveis, ou seja, deve apresentar coerência,

---

[72] PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Quais as consequências importam na justificação de uma Decisão? Análise do ponto de vista das alegações relativas à arrecadação tributária. São Paulo: Noeses, 2011.
[73] CHRISTHOPOLUS, Basile G. C. Controle de Constitucionalidade das Normas Orçamentárias: o uso dos argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. (Capítulos 2 e 3).

consistência e consequências. A decisão será correta se apresentar boas razões que a sustentem.[74]

Nesse sentido, a modulação de efeitos seria a maneira de minimizar essas conseqüências maléficas, tanto para o estado quanto para o contribuinte, pois, embora o estado deixe de auferir rendas em razão de norma ser declarada inconstitucional, por outro lado, deixa de sofrer repetição tributária em caso de tributo pago indevidamente ou maior que o devido (exemplo: manutenção de crédito proveniente de redução de base de cálculo declarada inconstitucional) . Por parte do contribuinte, este deixa de pagar vultosas quantias retroativas, o que pode até gerar quebra na atividade econômica.

Se por um lado decidir levando-se em consideração as consequências jurídicas é a melhor solução, por outro, estimula a guerra fiscal, em razão da morosidade da Justiça. Tanto os estados quanto os contribuintes, contando com a modulação dos efeitos nas ações diretas de inconstitucionalidade, apostam em normas até previamente sabida ser inconstitucional, por ter certeza que não arcarão com as consequências nefastas advindas da procedência de uma ADI – arcar com um passivo tributário de cinco anos retroativamente ou de ter que sofrer uma repetição de indébito pelo mesmo período.

Como então resolver? Alterar o *quórum* de votação da Lei Complementar 24/75 seria uma possibilidade. Infere-se pelas demandas judiciais que a preocupação precípua na *ratio decidendi* não é a inconstitucionalidade propriamente dita da norma, mas a consequência da decisão, principalmente financeira. Daí sempre a alegação do Princípio da Insegurança Jurídica e o Princípio da Proteção da Confiança Legítima.

Contudo, como afirmar que contribuintes e estados são “inocentes” quando contrariam determinação expressa da Constituição? Difícil de acreditar. Apesar de dispositivo constitucional (art. 155, § 2o, inc. XII, letra g) determinar que a concessão de isenções, incentivos e benefícios deve observar deliberação dos Estados e, ainda, decisão do STF afirmando ser inconstitucional benefícios concedidos unilateralmente, mediante decreto ou outro ato normativo, sem

[74] PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Quais as consequências importam na justificação de uma Decisão? Análise do ponto de vista das alegações relativas à arrecadação tributária. São Paulo: Noeses, 2011.

prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ[75], de modo a se evitar a guerra fiscal, os estados continuam concedendo benefícios fiscais sem aprovação do CONFAZ.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pautou-se no estudo das consequências advindas da concessão de benefícios fiscais, relativos ao ICMS, sem aprovação do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, tais como: estorno do crédito tributário concedido por um estado e não aproveitado por outro; recusa da vigência e eficácia da norma de um estado por outro; convalidação dos benefícios fiscais após a lei concessiva ser declarada inconstitucional; dificuldade em decidir aplicando a teoria da nulidade ou modulando os efeitos das decisões.

Isso tudo tem gerado insegurança jurídica, pois essas decisões podem provocar, por um lado, impacto financeiro demasiadamente negativo nas contas públicas e, por outro, onerar excessivamente o contribuinte a ponto de inviabilizar sua atividade.

Essa é a verdadeira preocupação que gira em torno de todas as ações judiciais concernentes ao crédito tributário, não necessariamente a preservação da ordem constitucional e a segurança jurídica. Não está sendo, por ora, a questão primordial nas razões de decidir.

Uma solução para pôr fim a Guerra Fiscal seria a alteração do *quórum* de votação exigido pela Lei Complementar 24/75, pois a exigência de *quórum* unânime para aprovação de qualquer benefício fiscal (isenção, anistias, remissões, subsídios, créditos presumidos, manutenção de crédito, alterações de alíquotas e mudanças na base de cálculo) só prejudica os estados mais pobres, porque os estados mais ricos, geralmente, são os primeiros a vetarem os benefícios por quererem se manter no domínio econômico. Não estão preocupados em reduzir as desigualdades sociais e regionais utilizando-se da função extrafiscal do ICMS.

[75] STF, Tribunal Pleno, ADI 2345, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, 2011

Por fim, as decisões judiciais utilizam-se de argumentos que refogem aos fundamentos ditos jurídicos, como razão de decidir, com o intuito de reduzir o impacto financeiro que poderá advir dessas decisões, passando o art. 27 da Lei 9.868/98 a ser o principal fundamento jurídico utilizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2016.

BRASIL. Lei Complementar 24, de 07 de janeiro de 1975. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 jan. 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp24.htm>. Acesso em: 12 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante n. 69.

______. ADI nº 4.171/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 20.05.2015. Órgão Julgado: Tribunal Pleno. Dje-164, publicado em 21.08.2015.

______. ADI 2549/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 01/06/2011. DJe-189 Divulg 30.09.2011. Public 03.10.2011. Republicação: DJe-209 Divulg 28.10.2011. Public. 03.11.2011.

______. ADI nº 2.345/SC, Rel. Ministro Cezar Peluso, 2011. Data de julgamento: 30/06/2011 . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-150 Publicada em: 05-08-2011.

______. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 198. Relator Ministro Dias Toffoli. Petição inicial. (Exigência de unanimidade no CONFAZ)

______. Recurso Extraordinário n. 851.421. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 1º.9.2015 (“Convalidação” de benefícios fiscais) .

______. Recurso Extraordinário n. 628.075. Relator Ministro Edson Fachin. Tema 490 da Repercussão Geral. (Estorno unilateral de crédito de ICMS irregulares).

CHRISTHOPOLUS, Basile G. C. Controle de Constitucionalidade das Normas Orçamentárias: o uso dos argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Tese (Doutorado em Direito

Econômico e Financeiro). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. (Capítulos 2 e 3).

CORREIA NETO, Celso de Barros. *O Avesso do Tributo*. São Paulo: Almedina, 2016. (Capítulo III, p. 75-122).

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 18.955, de 22 de novembro de 1997. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, DF, 24 dezembro 1997. http://www.fazenda.df.gov.br//aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=18955&txtAno=1997&txtTipo=6&txtParte=.COMPILADO. Acesso em : 02.09.2016.

______. Lei n° 4.732, de 29 de dezembro de 2011. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, DF, 30 dezembro. 2012. Disponível em: < http://www.fazenda.df.gov.br//aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=4732&txtAno=2011&txtTipo=5&txtParte=>. Acesso em: 01.09. 2016.

______. Lei nº 1.254, de 8 de novembro de 1996. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, DF, 11 novembro 1996. Disponível em: < http://www.fazenda.df.gov.br//aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=1254&txtAno=1996&txtTipo=5&txtParte=COMPILADO. Acesso em: 02.09.2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Unanimidade ou maioria nas deliberações do CONFAZ: considerações sobre o tema a partir do princípio federativo.* Revista Fórum de Direito Tributário–RFDT, Belo Horizonte, ano 10, n. 59, p. 9-39, set./out. 2012.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Quais as consequências importam na justificação de uma Decisão? Análise do ponto de vista das alegações relativas à arrecadação tributária. São Paulo: Noeses, 2011.

LIBERDADE DE IMPRENSA E REGISTROS PÚBLICOS: A (NÃO) RECEPÇÃO DO ARTIGO 125 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS E A ADPF Nº 130

GUSTAVO FARIA PEREIRA[76]

Resumo

A constituição de 1988 consagrou a plena liberdade de imprensa. Por essa razão o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não recepção em bloco da lei nº 5.250/67. O artigo 122 da Lei nº 6.015/73 era uma *fac símile* do artigo 8º da lei de imprensa, com a única diferença que adequou-se aos institutos de direito registral, ao determinar que fossem matriculados no registro civil de pessoas jurídicas : I - os jornais e demais publicações periódicas; II - as oficinas impressoras de quaisquer natureza, pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas; III - as empresas de radiodifusão que mantenham serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas; IV - as empresas que tenham por objeto o agenciamento de notícias. Considerando que a personalidade jurídica do veículo de comunicação é com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, como toda pessoa jurídica de direito privado, *ex vi* do artigo 46 do Código Civil, esse ato é suficiente para conferir a personalidade jurídica e sua consequente responsabilidade. Objetiva o artigo demonstrar que a expressão "clandestino" prevista no artigo 125 da Lei de Registros Públicos não condiz com a ordem constitucional vigente.

The basis of our governments being the opinion of the people, the very first object should be to keep that right; and were it left to me to decide whether we should have a government without newspapers or newspapers without a government, I should not hesitate a moment to prefer the latter." -- Thomas Jefferson to Edward Carrington, 1787.

Introdução

Um regime democrático não pode prescindir de uma imprensa livre, uma vez que ela se torna uma formadora de opinião, elemento de coibição ao arbítrio estatal, com o jornalismo investigativo; se torna o canal de divulgação de novas idéias, "oxigenando" a opinião pública e se tornando um vetor de participação da sociedade. Para Jurgen Habermas, a imprensa livre possui um papel crucial na relação do indivíduo e o estado, conforme demonstrado no texto "A modernidade altera conceitos da liberdade de expressão e de imprensa":

> (...) Mas, ao lado dessa dimensão política, há um aspecto material da circulação de informações (a qual culminaria com o surgimento dos vínculos comunicacionais que formaram a esfera pública e, nela, o papel decisivo da imprensa) que não se pode desconsiderar. Como anota Jürgen Habermas (1984), a gênese da esfera pública está ligada ao surgimento do capitalismo e à circulação de informações junto à troca de mercadorias. De fato, já a partir do século 14, a antiga troca de cartas comerciais passa a ser transformada em uma espécie de sistema corporativo de correspondência.
>
> Assim, a esfera pública burguesa foi sendo moldada a partir de um discurso econômico, por um lado, e de um projeto filosófico, de outro, ambos interconectados em termos

---

[76] OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS DA COMARCA DE SILVÂNIA- GO. MESTRANDO EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELO INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO- IDP

da formação do pensamento moderno (BUCCI, 2009, p. 73). É preciso, pois, ter em mente a influência do Iluminismo enquanto projeto fundamental à formatação das bases epistemológicas sobre as quais se assentou a sociedade burguesa.

A publicidade e o debate racional

É do projeto iluminista, e, sobretudo, da ideia de emancipação, que a esfera pública extrai sua legitimidade. Nessa formação discursiva, com base no pensamento racionalista, os cidadãos "emancipados" passam a defender sua própria autonomia e a considerar-se suficientemente esclarecidos para decidirem sobre si mesmos e sobre questões relevantes a seus interesses. Estão aí as bases do ideal de liberdade – e liberdade de expressão e de imprensa – que marca a construção (discursiva, sem dúvida) do sujeito moderno.

Ora, essa forma de entender o papel do homem na sociedade é própria do movimento iluminista, que – em termos muito resumidos, mas que servem ao propósito de esclarecer a ideia que aqui queremos mostrar – representa a superação de um estado de incapacidade de utilizar o próprio intelecto sem ser guiado por um "outro". No século 18 – época em que a sociedade burguesa se estabeleceu como esfera pública [as datas variam, de país para país; quando falamos em século 18, temos em mente, sobretudo, o caso francês] –, havia uma separação entre sociedade civil (domínio da moral) e Estado (domínio do político), então absolutista. Essa divisão colocava os limites entre as esferas do privado e do público. Assim, ainda que a esfera privada tivesse poderes de legislação moral, ela não possuía legitimidade política.

Com a ideia de publicidade e de formação da opinião pública, transforma-se a relação entre público e privado, o que se dá a partir de "discursos que engendram juízo de valor sobre o poder ou sobre a organização do Estado" (BUCCI, 2009, p. 72). De acordo com Habermas, esfera pública diz respeito à reunião de privados em um espaço público, os quais, a partir do uso da razão, discutem temas de interesse comum, levando à formação de opinião sobre os assuntos debatidos (HABERMAS, 1984). Nesse cenário, os primeiros impressos possuíam função opinativa, atuando como veículo da opinião produzida nos espaços públicos de debate, confronto e convívio. Desse modo, a imprensa assume papel fundamental no sentido da ampliação da crítica política.

Para Habermas, as condições para definirmos a esfera pública burguesa são a publicidade – entendida como a divulgação pública das informações necessárias ao debate dos temas – e o debate racional – tido como o meio de garantir que a opinião pública seja a expressão da síntese dos vários argumentos, visando à constituição de uma posição identificada com o interesse geral. Nesse pensamento, o conceito essencial do processo de debate racional no espaço público é a "opinião pública", entendida como resultado dessas discussões acerca de um tema específico (HABERMAS, 1984).

O acesso aos debates políticos

Visualizamos, nesse momento, o que podemos considerar como uma "primeira fase" da ideia moderna de liberdade de expressão, muito ligada à liberdade de crítica e à autonomia frente ao Estado, à formação do público, ao espírito de cidadania, à emancipação do sujeito moderno e à necessidade de circulação de informações.

Trata-se de uma liberdade que se situa entre os conceitos republicano (do ponto de vista da oposição ao poder absolutista) e liberal (do ponto de vista do imperativo das relações de troca que levam aos primeiros ensaios de formação de uma esfera pública) de liberdade de expressão. Vemos, pois, que esses conceitos – embora possam ser apresentados mais ou menos como tipos ideais [termo inspirado na proposta de análise sociológica de Max Weber, que aparece em diferentes trabalhos desse autor, dentre os quais podemos enfatizar seu livro *A ética protestante e o espírito do capitalismo* (2012), em que ele analisa o "tipo ideal" do empresário capitalista], ou seja, considerados de modo "puro" a fim de tornar mais clara a explicação de suas propriedades – apresentam cruzamentos e interfaces quando passamos à observação da experiência histórica.

Não obstante, o ideário de liberdade presente na gênese da esfera pública burguesa, ainda que inspirasse o surgimento de uma imprensa de opinião cuja importância foi fundamental ao estabelecimento dessa esfera pública, não possuía o mesmo estatuto que a liberdade de imprensa pôde alcançar com a expansão da imprensa como atividade comercial. É essa segunda modulação da ideia moderna de liberdade de expressão que buscaremos examinar agora, observando sua conexão com a formação de uma "instância da palavra impressa".

Para compreender esse processo, é preciso lembrar que a imprensa desempenhou papel fundamental no processo que Habermas (1984) identificou como "mudança estrutural da esfera pública". Para o autor, essa transformação ocorreu quando a imprensa – que, na esfera pública burguesa, atuava como veículo das opiniões produzidas nos espaços públicos de debate – tornou-se o elemento principal para representar os interesses burgueses. No princípio, as primeiras publicações atingiam a burguesia culta como meio de comunicação para a formação de opinião pública na esfera pública burguesa. Os primeiros impressos, inclusive, tratavam de assuntos ligados à arte e literatura. Com o tempo, as discussões – até então presenciais – expandiram-se para outros públicos, que passam a ter acesso aos debates políticos.

A expressão de opiniões numa perspectiva pública
Esse processo, segundo Habermas, ocorreu a partir da consolidação do Estado liberal de direito burguês em sua fase intervencionista, resultante da necessidade de mediação dos conflitos entre capitalistas e trabalhadores, que ascenderam do âmbito privado ao público. Habermas identifica, pois, o risco inerente à contradição da esfera pública: no momento em que sua constituição hegemônica deixa de ser burguesa e parte do povo adentra tal espaço, a noção da publicidade e de um princípio de debate racional volta-se contra a própria burguesia.

Devemos notar que, nesse cenário, o trabalho da imprensa começava a incomodar não apenas proprietários privados, em sua esfera íntima, mas também os interesses de integrantes do poder público. Por esse motivo, foram criadas regulamentações para o trabalho midiático, a fim de controlar o fluxo de ideias entre os espaços público e privado. Diante disso, as pressões sobre a liberdade de expressão dos jornais só foram reduzidas, no Estado burguês de direito, com a transformação da imprensa opinativa ou partidária em informativa ou comercial (...)[77]

Nesse sentido, restam as lições de Alexandre Sankievicz sobre a liberdade de expressão, *verbis:*

Nessa primeira concepção, a liberdade de expressão é garantida quando o Estado se abstém de censurar o discurso que ele desaprove, em especial nas comunicações concernentes ao dissenso político. Mesmo na democracia meramente formal, a censura é a maior ameaça à legitimidade do sistema democrático, pois ela impede a exposição das pessoas diferentes reclamações e perspectivas. A liberdade de expressão do falante, portanto, assim como no mercado de idéias, não é concebida como algo valorosos em si, mas como algo essencial para o "debate desinibido robusto e amplamente aberto" e para a efetivação do processo de autodeterminação coletiva. Mesmo a democracia tênue exige discussão pública e plural, e a melhor maneira de assegurar o debate é justamente permitir que qualquer pessoa se dirija ao público como bem entender, por mais impopular ou indigna que o governo ou outros cidadãos julguem sua mensagem.[78]

Exposta a necessidade de uma livre imprensa para o desenvolvimento de uma sociedade democrática, põe-se à baila a problemática: Considerando os diversos dispositivos na Constituição de 1988, os quais possuem eficácia plena e regularam de

---

[77] SCABIN. Nara Lia Cabral. A MODERNIDADE ALTERA CONCEITOS DE IBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA http://observatoriodaimprensa.com.br/diretorio-academico/a-modernidade-altera-conceitos-de-liberdade-de-expressao-e-de-imprensa/. ACESSO EM 30.8.2016, ÀS 11: 15

[78] SANCKIEWICZ, Alexandre. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO: PERSPECTIVAS DE REGULAÇÃO . SÃO PAULO: Saraiva, 2011, p. 32

forma suficiente o exercício da imprensa, pode a legislação ordinária impor exigências à constituição de veículos de imprensa, como os do art. 122 da Lei de Registros Públicos?

"Mídia Clandestina" e a constituição de 1988. Vedação ao anonimato?

O artigo 125 da Lei nº 6.015/73 expõe um resquício do regime de exceção instalado pós – 1964, em que houveram notórias limitações aos direitos e liberdades fundamentais, cujo texto é uma *fac símile* do artigo 11 da não-recepcionada lei de imprensa, *verbis:*

> Art. 125. Considera-se clandestino o jornal, ou outra publicação periódica, não matriculado nos termos do artigo 122 ou de cuja matrícula não constem os nomes e as qualificações do diretor ou redator e do proprietário.

Ficam as lições do saudoso jurista Freitas Nobre, ao discorrer sobre o artigo 11 da Lei de Imprensa, verbis:

> A clandestinidade do jornal ou outra publicação periódica depende assim, exclusivamente, da falta de registro ou do registro defeituoso.
>
> Considera-se sem registro a publicação que circule sem obedecer ao disposto no art. 9º da lei. A essa publicação compara-se o órgão, no qual, verificando-se alteração quanto aos nomes , endereços, qualificações , sede, etc., deixe de promover as averbações necessárias, de atualização do registro. Mas excede-se a lei ao considerar clandestino o jornal ou outra publicação periódica "de cujo registro não constem o nome e qualificação do diretor ou redator e do proprietário".
>
> Ora, a responsabilidade do registro é do Cartório a que foi afeta a atribuição e ao qual cumpre exigir as informações e documentos relacionados no art.9º da lei, sem o que o registro não pode ser feito.
>
> Se o Cartório promove o registro irregularmente, a responsabilidade não é da empresa jornalística, mas do Cartório que procedeu ao registro sem a obediência às disposições legais , embora possível o enquadramento pela co-responsabilidade, desde que o responsável pela empresa tenha de qualquer forma contribuído, ainda que por omissão, para a infração da lei.
>
> Além disso, a impropriedade da redação é constante.
>
> A hipótese do art. 11 não pode excluir como excluiu, expressamente, a mesma configuração para as agências de notícias, o rádio e a televisão.

Ninguém ignora a existência de rádios piratas, que se celebrizaram, inclusive na Inglaterra, havendo algumas delas famosas, de repercussão em grande parte da Europa, explorando, até mesmo a publicidade comercial que era proibida nas emissoras inglesas que constituem monopólio de Estado.

A estação de rádio que não atenda, igualmente, as exigências do art. 9º é, também, uma estação clandestina, mas o art. 11 ignorou a existência dos novos meios de informação. [79]

Importante lembrar, que nos idos de 1978, o autor foi atento à existência de novas mídias ou meios de informação. Entre 1988 aos dias de hoje, os meios de comunicação também se transformaram graças ao advento de novas tecnologias. A "prensa" de Gutemberg está sendo substituída de forma paulatina pela linguagem binária dos logiciários instalados em modernos smartphones, tablets e notebooks, que possuem uma versatilidade incomensurável. Atualmente, a nova problemática que se observa nas cortes superiores são ofensas aos direitos de personalidade em *blogs* noticiosos; desde a imputação da responsabilidade civil, liberdade de conteúdo e outros itens tão caros aos direitos fundamentais envolvidos com uma imprensa livre e respeito aos direitos de personalidade. Ementa de julgado do STJ, abaixo transcrita, demonstra a nova problemática:

DIREITO CIVIL. INTERNET. BLOGS. NATUREZA DA ATIVIDADE. INSERÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA. RESPONSABILIDADE DE QUE MANTÉM E EDITA O BLOG. EXISTÊNCIA. ENUNCIADO Nº 221 DA SÚMULA/STJ. APLICABILIDADE. 1. A atividade desenvolvida em um blog pode assumir duas naturezas distintas: (i) provedoria de informação, no que tange às matérias e artigos disponibilizados no blog por aquele que o mantém e o edita; e (ii) provedoria de conteúdo, em relação aos posts dos seguidores do blog. 2. Nos termos do enunciado nº 221 da Súmula/STJ, são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação. 3. O enunciado nº 221 da Súmula/STJ incide sobre todas as formas de imprensa, alcançado, assim, também os serviços de provedoria de informação, cabendo àquele que mantém blog exercer o seu controle editorial, de modo a evitar a inserção no site de matérias ou artigos potencialmente danosos. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (RESp 1381610. Relatora Min. Nancy Andrighi.

A clandestinidade dos meios de comunicação, expressão utilizada tanto no artigo 122 da Lei de Registros Públicos quanto no artigo 11 da não recepcionada Lei de Imprensa está para o anonimato previsto no art. 5º, IV da Constituição. No entanto, a "pena" de clandestinidade, não condiz com o atual ordenamento constitucional, mormente com a previsão do § 1º do art. 220 da CF, em que "Nenhuma lei conterá

[79] NOBRE, FREITAS. LEI DA INFORMAÇÃO: COMENTÁRIOS À LEI DE IMPRENSA- SÃO PAULO: SARAIVA, 1978, P. 70

dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”

A ADPF 130 e a declaração de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade por arrastamento?

O objeto da nossa pesquisa e premissa básica da nossa tese é o que fora decidido na ADPF nº 130, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, a qual, em síntese, considerou que os dispositivos constitucionais sobre a liberdade de imprensa e comunicação social são autossuficientes para regular a mídia e que a legislação ordinária seria desnecessária para regulamentar a espécie. Nessa *ratio decidendi* entendeu-se pela não- recepção da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Transcreve-se a ementa, *verbis:*

> EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E

DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí

que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. 5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no

âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos. 6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa". 7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira). 8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988

prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público". 9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220). 10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei n° 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque

de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescondível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso. 11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

(ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020)

Em que pese a decisão não ter abarcado o dispositivo da Lei de Registros Públicos ela possui a função de indicar, em relação ao dispositivo em comento: 1) servir como precedente no sentido de demonstrar a não recepção à luz do ordenamento constitucional de 1988 e 2) pela correlação entre o dispositivo reputado inconstitucional da lei de imprensa e a da lei de registros públicos, pode muito bem inferir-se uma inconstitucionalidade por *arrastamento.* Sobre o papel do precedente nesses *Hard Cases,* observam-se as lições de Ronald Dworkin, nas palavras de Carlos Henrique Generoso Costa:

> A força gravitacional do precedente, como relato de uma decisão anterior e enquanto fragmento da história oferece razões para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. Dworkin entende que para: [...] limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ele não teria força gravitacional alguma. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito a sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns termos específicos do precedente. A força distributiva de uma meta coletiva, como já observamos aqui, e uma questão de fatos contingentes e de estratégia legislativa geral. Se o governo interveio em favor da srta. MaxPherson, não porque ela tivesse algum direito à sua intervenção, mas somente porque uma estratégia criteriosa sugeria este meio para alcançar uma meta coletiva como a da eficiência econômica, então não pode haver um argumento de equidade efetivo, de acordo com o qual o governo tinha, por isso, a obrigação de intervir em favor do autor da ação no caso Spartan Steel [...] (DWORKIN, 2002, p. 177). Dworkin (2003) entende que a força do precedente só influirá na decisão do juiz Hércules quando estiver embasada em argumentos de princípios que lhes ofereçam sustentação, uma vez que Hércules deve mostrar que a interpretação visa lançar a melhor luz diante do que lhe é trazido. É preciso levar em consideração não só as decisões tomadas anteriormente, mas a forma com que elas foram tomadas, por quais autoridades e em quais circunstâncias (DWORKIN, 2003). Dworkin (2003) estabelece que os juízes estão em situações profundamente diferentes dos legisladores e o modo como devem ser tomadas as suas decisões abstraindo-se da política: O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores. Não se adapta à natureza de uma comunidade de princípio o fato de que um juiz tenha autoridade para responsabilizar por danos as pessoas que agem de modo que, como ele próprio admite, nenhum dever legal as proíbe de agir. Assim, quando os juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não tem a liberdade que há pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o "common law"11 com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam porque as partes realmente teriam direitos e deveres 102 Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 93-104, out./dez. 2011 legais "novos" que eles na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado (DWORKIN, 2003, p. 292-293).[80]

A propósito, transcreve-se a lição de Gilmar Mendes sobre a inconstitucionalidade por arrastamento, *verbis*:

> O Supremo Tribunal Federal também profere a declaração de inconstitucionalidade total de uma lei se identifica relação de dependência ou de interdependência entre suas partes constitucionais e inconstitucionais. Se a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, pronuncia o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de toda a lei, salvo se algum dispositivo puder subsistir sem a parte

[80] COSTA, CARLOS HENRIQUE GENEROSO. A INTERPRETAÇÃO EM RONALD DWORKIN. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 93-104, out./dez. 2011 IN: http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1504/1527 ACESSO EM 30.8.2016, ÁS 09:57

considerada inconstitucional. Trata-se aqui de uma declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral.

A indivisibilidade da lei pode resultar, igualmente, de uma forte integração entre as suas diferentes partes. Neste caso, tem-se a declaração de inconstitucionalidade em virtude da chamada dependência recíproca.

A dependência ou interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei pode justificar a extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos constitucionais mesmo nos casos em que estes não estejam incluídos no pedido inicial da ação. É o que a doutrina denomina de declaração de inconstitucionalidade consequente ou por arrastamento.

Assim, mesmo diante do assentado entendimento de que o autor deve impugnar não apenas as partes inconstitucionais da lei, mas todo o sistema normativo no qual elas estejam inseridas, sob pena de a ação não ser conhecida, o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado o princípio do pedido para declarar a inconstitucionalidade por arrastamento de outros dispositivos em virtude de sua dependência normativa em relação aos dispositivos inconstitucionais expressamente impugnados.[81]

Conclusão

Conforme demonstrado, uma mídia democrática se pauta pela autorregulação, portanto sem interferências estatais à livre imprensa seriam nada mais que um engodo à liberdade de expressão e pensamento. Nessa lógica é forçoso concluir que as exigências previstas na Lei nº 6.015/73 e sua pena de "clandestinidade" ao veículo de comunicação que descumprir suas determinações não condizem com o ordenamento constitucional instaurado após 5 de outubro de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MENDES, GILMAR FERREIRA. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 9ª Ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

COSTA, CARLOS HENRIQUE GENEROSO. A INTERPRETAÇÃO EM RONALD DWORKIN. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 93-104, out./dez. 2011 IN: http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1504/1527 ACESSO EM 30.8.2016, ÁS 09:57

[81] MENDES, GILMAR FERREIRA. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 9ª Ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1285

NOBRE, FREITAS. LEI DA INFORMAÇÃO: COMENTÁRIOS À LEI DE IMPRENSA- SÃO PAULO: SARAIVA, 1978

SANCKIEWICZ, Alexandre. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO: PERSPECTIVAS DE REGULAÇÃO. SÃO PAULO: Saraiva, 2011

SCABIN. Nara Lia Cabral. A MODERNIDADE ALTERA CONCEITOS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA http://observatoriodaimprensa.com.br/diretorio-academico/a-modernidade-altera-conceitos-de-liberdade-de-expressao-e-de-imprensa/. ACESSO EM 30.8.2016, ÀS 11: 15

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS: ACCESS TO JUSTICE CHALLENGES

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho[82]
Clarindo Ferreira Araújo Filho[83]

Resumo: A problemática do acesso à justiça via discussão de temas como Jurisdição, Constituição, autonomia privada, dignidade da pessoa humana, solidariedade, cidadania, é atual, mas permeada por contradições relacionadas com a atuação do Judiciário no Estado Democrático de Direito, especialmente diante dos desafios de aproximá-lo do povo. Em pleno século XXI, os direitos fundamentais, em grande medida, ainda são ignorados pelo Leviatã, pois linguagem, discurso e poder não têm se transformado em efetivação do direito para a imensa maioria. A partir de um método histórico e filosófico discute-se a pouca efetividade do acesso à justiça no contexto social da atualidade. Em certa medida isso representa a crise do próprio Estado como instituição direcionada ao bem comum, embora seja este um discurso mimético de celeridade, de eficiência e de democratização de direitos fundamentais. Identifica-se pela abordagem dialética um contínuo e persistente desejo de materializar a cultura sedimentadora da oposição de classes que mantém desigualdades.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Acesso à Justiça; Constituição**.**

Abstract: The discussion on the subject Jurisdiction, Constitution, private autonomy, human dignity, solidarity, citizenship, access to justice is current and contradictory in this sense our goal aims to discuss them in its relationship with the judicial performance in the democratic rule of law, especially facing the challenges of bringing it from the people. In the XXI century, fundamental rights, largely, are still ignored by the Leviathan, as are language, discourse and power that has not turned into realization of the right to the vast majority. From a historical and philosophical method discusses the little effectiveness of access to justice in the current social context. To some extent it is the State itself crisis as an institution directed to the common good, despite presenting a mimetic discourse of speed, efficiency and fundamental rights of democratization. Identifies the dialectical approach a continuous and persistent desire to materialize one sedimentadora culture of class antagonisms which maintains inequalities.

Keywords: Fundamental Rights; Access to Justice; Constitution.

[82] Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Advogado.
[83] Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP.

Introdução

O debate de cunho histórico e filosófico em torno dos temas "jurisdição constitucional" e "direitos fundamentais" é uma constante no universo do Direito. Mesmo assim, por vezes, a discussão é posta em segundo plano, muito embora novas percepções nos sejam apresentadas por cientistas sociais e por doutrinadores em geral, ao referirem paradigmas jurisprudenciais dos tribunais constitucionais, após detida análise sistematizada dessas imbricadas inter-relações.

De algum modo pouco se avança em razão do apreço aos modelos e à conservação de paradigmas. Cabe, aqui, por conseguinte, relembrar a teoria do "mecanismo mimético"[84] de René Girard, que procura explicar o culto ao "mimetismo" e à "imitação", considerando o ser individualizado ou sociedades humanas organizadas (política e juridicamente) desde o nascedouro das civilizações

> Uso os dois termos de forma distinta. Há menos consciência no mimetismo, e mais na imitação. Não quero reduzir a mímesis ao desejo mimético em todas as suas formas. Essa atitude epistemológica é típica do século XX. O behaviorismo, por exemplo, é uma recusa total da imitação [...] Acho que uma das razões para essa recusa generalizada é que o conceito de imitação, desprovido de seu elemento de conflito, é "simples" demais, decepcionando o apetite atual (e muito mimético) pela complexidade [...]. (GIRARD, 2011, p. 83).

A busca de satisfação das necessidades em termos econômico-sociais é fato entre todas as classes sociais. É comum, nos parlamentos e nos tribunais, serem pronunciados discursos e ações serem propostas com a intenção de viabilizar melhores oportunidades na educação, na saúde, na empregabilidade, na proteção social, etc., muito embora haja pouca efetividade tanto dos discursos quanto das ações na vida social da população brasileira.

Em razão desses descompassos, julgamos importante propor uma reflexão acerca do discurso do Estado na tarefa Jurisdicional e a pouca efetividade do próprio Direito, reconhecendo que essa problemática é um reflexo do mimetismo, como o descreve Girard (2011), que é uma forma útil de manter desigualdades. O problema inicial, aqui discutido, é o distanciamento entre o que está previsto como Direito

[84] "A expressão mecanismo mimético abrange uma sequência fenomenológica que é bem ampla. Descreve todo o processo, começando pelo desejo mimético, que depois se torna rivalidade mimética, com possível escalada até o estágio de uma crise mimética, e, por fim, terminando com a solução do bode expiatório [...]" (GIRARD, 2011, p. 79).

Fundamental, o papel da Jurisdição Constitucional e a realidade social que se conserva em razão da ideologia de classes que estabelece a distinção entre quem diz o direito e o povo. Nossa hipótese é que as ideologias se sobrepõem à própria atividade judicante. Utilizamos como marco teórico a teoria do “mecanismo mimético” de René Girard para justificar a forma como nossos julgadores refletem um pensamento dominante em detrimento do próprio Direito fundamental em suas interpretações, o que mantém o pensamento distanciado da realidade social. Assim, para compreensão do tema proposto dividimos o artigo em tópicos: na introdução, apresentamos o conceito de “mecanismo mimético” associando-o ao modo de ser e pensar de quem faz o Direito, a fim de relacioná-lo com o problema da produção de justiça. A seguir, no item um, discutimos a jurisdição constitucional em face do Estado Democrático de Direito para justificar que as desigualdades sociais se mantêm, historicamente, por ser esta uma construção histórica e cultural criada e mantida pela própria civilização como mecanismo mimético suficiente para manter as classes dominantes no Poder. Utilizamos como referencial teórico Girard (2011) e sua teoria mimética; Milesi (2003), Nascimento e Maia (2008), como contraponto entre as boas intenções dos Direitos Humanos e as contradições entre o desejo democrático e a crueldade do desemprego e da violência estatal cotidiana. Embora pelo mimetismo se mantenha a ordem, mediante a ideia de que por vivermos numa democracia todos têm acesso as mesmas oportunidades, sendo, portanto, delas beneficiários se fizerem a sua parte (obedecer). Nesse contexto, propomos com Schmitt (2007) e Almeida (2014) a reflexão sobre o papel do juiz e sua interpretação constitucional como mantenedor da ordem estabelecida ainda que sob o manto de julgador em sintonia com as novas demandas sociais (como a união homoafetiva e as questões de igualdade e liberdade), em geral. Acerca dos novos desafios do intérprete constitucional, trazemos ao diálogo autores como Streck (2002); Cabral (2009); Rosenkranz (2010) e Sampaio (2002); Fachin e Vince (2008), entre outros. O item dois aponta para o discurso do acesso à justiça diante do descrédito institucional e do próprio judiciário, na atualidade. À guisa de conclusão, retomamos as principais ideias discutidas a lançamos possíveis reflexões para a questão da justiça, a sua tendência mimética e os percalços na busca, de fato, por uma Jurisdição constitucional mais próxima de uma ordem jurídica justa.

1. A Jurisdição Constitucional em face ao Estado Democrático de Direito

A história vem demonstrando que, em todos os seus períodos, a estratificação socioeconômica e a divisão sempre estiveram presentes. Considere-se, por exemplo, a situação escravocrata na Grécia antiga e, atualmente, as castas, na Índia. Em escala mundial, pode-se pensar a injusta diferença entre pobres e ricos em todos os continentes. Essas realidades são reflexos dos meios de acesso a determinados bens ou direitos, sempre limitados e controlados pela classe dominante. Conforme afirma René Girard:

> Quanto mais cruel e selvagem for uma sociedade, mais violência ocorrerá nela, em nome da satisfação de tudo o que é pura necessidade. Não se deve excluir a possibilidade de uma violência inteiramente desvinculada de qualquer desejo mimético, mas simplesmente relacionada à escassez. No entanto, mesmo no nível das necessidades básicas, quando a necessidade começa e está relacionada a um objeto, qualquer tipo de objeto, não há dúvida de que logo estará impregnada pela *mímesis*. Nesses casos, sempre há alguma mediação social em jogo (GIRARD, 2011, p. 100).

Em pleno século XXI ainda é realidade haver situações conflituosas semelhantemente às experimentadas durante a Segunda Guerra Mundial. Cite-se, dentre tantas, a questão dos refugiados e desassistidos de toda sorte. Migrantes que abandonam seus países de origem não só por problemas relacionados a conflitos armados, senão também por adversidades econômicas e por perseguições políticas, religiosas, étnicas, etc. Como se observa, ainda vigora a reiterada luta social pela efetivação de direitos e de vida digna, vale dizer, ainda se busca tornar realidade a implementação dos direitos humanos fundamentais[85]:

> 1º. A paz exige fundamentar-se na verdade, na justiça, no amor e na liberdade; 2º. O tema da paz é de natureza essencialmente moral. Assim o é porque requer o reconhecimento e proteção dos direitos humanos fundamentais, expressão imediata da dignidade da pessoa humana. 3º. Os refugiados (e todos os que são obrigados a migrar) representam uma grave desordem na comunidade internacional e são prova

[85] Nesse sentido, cabem as observações de Mendes (2011, p. 11): "Garantias constitucionais do extraditando: EXT. 1.008. Extradição – Possibilidade de exame do pedido ante a concessão de refúgio – Competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a natureza política, ou não, do delito imputado ao extraditando – Art. 33 da Lei n. 9.474/97 – Interpretação conforme a Constituição Federal (art.. 5º, inciso LII, e 102, inciso I, letra g) [...] Vencido o Relator, Ministro Gilmar Mendes, o Tribunal, por maioria, entendeu pelo não conhecimento da extradição, julgando extinto o processo e determinando a expedição de alvará de soltura. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (DJ de 17.8.2007)".

> da violação destes direitos humanos fundamentais; 4º. O bem comum da sociedade internacional requer que os direitos humanos sejam devidamente reconhecidos e protegidos e que se compreenda que sua violação provoca uma responsabilidade (individual ou do Estado), devendo ser adequadamente sancionada. (MILESI, 2003, p. 48).

Por outro lado, uma parcela dos Estados contemporâneos enfrenta problemas graves com o aumento da criminalidade e do desemprego, num momento em que é crucial a redução de gastos e o aumento da produtividade dos setores privado e público:

> O problema é que o Estado, enquanto possuidor do monopólio jurisdicional, torna-se a única estância em que o cidadão pode exigir e reclamar por melhores condições. Neste ponto surge a necessária conveniência de manter um sistema aparentemente democrático, porém com práticas distorcidas [...] A desarticulação do elemento humano e a impossibilidade de uma frente política forte, em meio a heterogeneidade dos grupos e da diversidade fragmentária da representação, mostram a caótica situação política pós-moderna. (NASCIMENTO E MAIA, 2008, p. 2).

O que se vê, portanto, é a ***mímesis***[86] a conduzir repetidos modos de interpretar a realidade, quando, por exemplo, pelo direito comparado, se lançam lentes sobre as revisões de normas do direito de família, especialmente, no caso das uniões de pessoas do mesmo gênero.

Em relação aos direitos humanos, cabe citar que, em 2010, a Corte Europeia de Direitos Humanos manifestou-se no sentido de que o direito à vida familiar não pode ser alvo de arbitrariedades, nem mesmo por autoridades estatais, em razão das escolhas de orientação sexual dos indivíduos.

Em 2011, a partir do julgamento da ADI nº 4.277 pelo Supremo Tribunal Federal, o Brasil passou a reconhecer as relações entre duas pessoas do mesmo gênero. Mesmo sem uma legislação expressa, passou-se a admitir, por meio de decisões

---

[86] "[...] enquanto a máquina mimética dessa imitação recíproca de rivais, desse 'duplo vínculo', está em operação, ela reserva a energia conflitual e, claro, tende a se espalhar em todas as direções porque, uma vez que continue, o mecanismo somente se torna mais mimeticamente atrativo aos expectadores – se duas pessoas estão lutando pelo mesmo objeto, então esse objeto parecerá mais valioso para os observadores. Portanto, tende a atrair mais e mais pessoas, e, assim que o faz, sua atração continua crescendo. Enquanto isso acontece, há, também, uma tendência ao desaparecimento do objeto, que é destruído no conflito. Como disse, para a mímesis se tornar puramente antagonística, o objeto tem de desaparecer. Quando isso acontece, ocorre a proliferação de duplos, e com ela a crise mimética fica às portas. Uma vez que o antagonismo e a violência irrompem, também se espalham de modo mimético, por meio da vingança e do ressentimento acumulado, produzindo o estado de crise radical hobbesiana de todos contra todos" (GIRARD, 2011, p. 88).

judiciais e pela regulamentação administrativa dos cartórios, o casamento para os casais do mesmo gênero (ALMEIDA, 2014).

Segundo a visão de Schmitt (2007), por exemplo, a igualdade, um princípio vital para qualquer Constituição, e não simplesmente a liberdade – outro não menos importante preceito –, é que deveria ser o fundamento norteador de uma Constituição democrática.[87] E, por conseguinte, daí surgiria um novo direcionamento às ações dos operadores da lei ao interpretá-la e, em outras circunstâncias, ao contextualizá-la em direção a novas interpretações constitucionais.

País/Política Vigente (2012)
África do Sul Todos os direitos são assegurados. Há casamento igualitário, adoção; pode-se servir às forças armadas, há garantias de livre expressão. Existem leis que proíbem discriminação antigays.
Arábia Saudita Pena de Morte
Austrália Reconhece a união civil e os direitos de livre expressão, tem leis contra discriminação, mas o casamento igualitário ainda não é um direito.
Bélgica Todos os direitos garantidos
Canadá Todos os direitos reconhecidos e assegurados, inclusive mudança de sexo.
China Não há leis de proteção nem contra a discriminação ou de identidade de gênero e expressão. Casamentos e relacionamentos não são reconhecidos. Atos homossexuais são legais desde 1997.
Coreia do Norte Prisão em campos de concentração. Nenhum direito assegurado, muito pelo contrário.
Costa Rica Não reconhece o casamento nem os relacionamentos, mas aceita atos homossexuais e tem leis contra a discriminação.
Emirados Árabes Pena de morte ou deportação (exílio).
Eritreia De 3 a 10 anos de prisão.
Espanha Todos os direitos garantidos.
EUA Direitos variam conforme os estados
França União civil. sim, casamento. não. Adoção só para gays solteiros. Condena discriminações.
Irã Homossexuais são punidos com pena de morte: apedrejamento, forca, corte por espada ou sendo jogados de um penhasco. Há, todavia, a opção/obrigação de se fazer a cirurgia de mudança de sexo para “corrigir” o problema...

Quadro 1 – Política Vigente (2012). **Fonte:** PEREIRA (2012).

[87] “[...] o princípio político que guiava a Constituição de Weimar era o princípio da democracia. A democracia de Schmitt, contudo, não se assemelha em nada à democracia kelseniana, que via na maioria um instrumento útil para a realização da ideia básica da democracia: a liberdade. Para Schmitt, só há uma ideia verdadeiramente democrática: a igualdade, que é fundamento de todas as outras igualdades [...]” (SCHMITT, 2007, p. 11-12).

Como demonstrado no Quadro 1, a situação político-legal vigente em vários países é uma dimensão da disparidade legislativa no tocante aos princípios da igualdade, da liberdade e do direito de família.[88]

Para Reale (2002), os juízes têm por dever aplicar o Direito aos denominados casos concretos, casos em que ocorrem disputas entre indivíduos ou entre grupos e, até mesmo, entre Estados. Ora, há de se firmar atenção a uma análise das normas jurídicas que nem sempre comporta uma única possibilidade de interpretação, isso sem deixar de verificar o grau de experiência humana naquele determinado período e lugar, diferentemente das leis da Matemática – ciência exata – pois que, em regra, sua estrutura não possibilita interpretações.

O juiz é constantemente desafiado e instado a superar paradigmas ─ no mais das vezes inconciliáveis ─ com vistas à aplicação das normas vigentes e conformando-as aos anseios sociais naquele espaço e tempo (REALE, 2002). Esse desafio é bem diferente daquele de interpretar e aplicar as leis matemáticas ou das ciências exatas – com todo seu rigor e estruturas – que, normalmente, não possibilitam interpretações dúbias ou conflituosas. No caso das leis jurídicas, as novas interpretações vão se moldando e se adéquam às novas experiências e necessidades humanas que vão surgindo.

Acrescenta Streck (2002) que, embora a Constituição possa ser entendida como a norma máxima na hierarquia das leis e, portanto, a epítome da atividade político-estatal, a jurisdição constitucional assume, contudo, a categoria de possibilidade de realização do ideal do Estado de Direito Democrático ─ o que cria, também, uma situação paradoxal e que precisa ser interpretada e aplicada a cada momento histórico, num constante equilíbrio entre o jogo das forças democráticas[89]:

---

[88] "O século XXI começa com diferentes configurações de núcleos familiares, todos formatos previstos pelo direito das famílias, que tenta regulamentar essas uniões: a família tradicional (formada com base no sacramento do matrimônio); a união civil estável; a união de casais homoafetivos sem filhos; a família de duas mães ou dois pais, com filhos adotados; a família que tem origem nos estados intersexuais, onde o homem ou a mulher trocaram de sexo e contraíram matrimônio mediante o novo sexo; a formada pelos novos casamentos dos pais, onde entram "os meus, os seus e os nossos" filhos; a família de uma pessoa só, pois já se considera que uma pessoa, legalmente, também pode ser uma família; a formada por duas irmãs ou irmãos solteiros que vivem juntos" (CÉSAR, 2013, p. 135).

[89] "Nesse novo contexto de 'efetiva' participação democrática, muito se discute sobre a necessária complementação entre democracia formal e democracia substancial, considerando que a principal diferença entre elas resida no fato de que a primeira define quem decide e como se decide e a segunda, defina os temas sobre os quais não se pode e, principalmente, os que se deva decidir. Essa nova sistemática amplia de forma significativa não só o número de participantes, dando um novo significado ao termo cidadão, como também os espaços em que as discussões deverão ocorrer: não apenas os

Portanto, o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional. Com isso, conceitos como soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentárias cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Do modelo de constituição formal, no inter-relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos" (STRECK, 2002, p. 27).

A gênese e a evolução destes conceitos – constituição e jurisdição constitucional[90] – envolvem variáveis e relações jurídicas[91] que ultrapassam seus contornos expressos na Lei, estabelecendo novos parâmetros dos direitos fundamentais[92] e em constante evolução.

Esse amadurecimento envolto ao embate político-jurídico impulsiona o círculo interpretativo, impulsiona a revisão, impulsiona a mutação e a consolidação dos direitos constitucionais e da cultura política das modernas sociedades (CABRAL, 2009; ROSENKRANZ, 2010; SAMPAIO, 2002).

Na visão de Bobbio (2001), as sociedades humanas se diferenciam pelas normas que regem os comportamentos humanos num determinado período histórico. Dessa forma, esse processo se estabelece num contexto de normas que se sucedem e se insere numa sistemática de justaposição e integração:

Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do Supremo

espaços políticos, tendo como principal transformação o fato de que a discussão, superando o *quem* e o *como*, passa a abranger também o que não pode e, principalmente, o que deve ser decidido" (CADEMARTORI E MARCIÓ, 2014, p. 231).

[90] Na visão de Sampaio (2002, p. 24): "O exame da origem e evolução da jurisdição constitucional passará pela arqueologia dos antecedentes históricos do controle de constitucionalidade e do princípio da supremacia da Constituição [..], pelo surgimento do *judicial review* nos Estados Unidos [...], pelo desenvolvimento do controle político na França [...], pela difusão inicial dos dois modelos pelo mundo [...], pelo aparecimento da segunda geração da jurisdição constitucional com os chamados tribunais constitucionais [...] e, enfim, pela tendência mitigadora dos modelos [...]".

[91] Nesse sentido, Zavascki (2000) cita as ideias do constitucionalista Jorge Miranda, para quem as relações entre a Constituição e os comportamentos – constitucionalidade *versus* inconstitucionalidade – são componentes indissociáveis do jogo democrático.

[92] "A primeira geração ou dimensão engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos das chamadas prestações negativas, direitos que o Estado deve proteger na esfera de autonomia do indivíduo. A segunda dimensão é a dos direitos sociais, como direito à educação, saúde, habitação, previdência social, trabalhista etc. [...] Os direitos de terceira geração são aqueles de titularidade da comunidade, direito à paz, solidariedade, desenvolvimento, direito ao meio ambiente equilibrado etc. (CABRAL, 2009, p. 175).

Tribunal Federal como poder jurisdicional vinculado à Constituição. Esta compreensão, claro, origina-se do simples fato de que os poderes de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada num determinado percurso histórico das sociedades, ou seja, o instante constituinte. É incontestável a importância disso, ao se examinar o papel das constituições para a consolidação das democracias no século XX. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2008, p. 49).

Analisar uma sociedade e sua cultura amplia o leque das possibilidades, do costume e de seus comandos e posicionamentos essenciais que regem e que passarão a reger a vida de cada indivíduo e do grupo nesse contexto social numa espiral evolutiva:

> [...] diante do afastamento do Estado das relações civis e o subsequente aumento do poder social, verifica-se que as ofensas aos direitos fundamentais estão cada vez mais partindo de setores privados da sociedade. Esses ataques às normas individuais estão sendo levados à apreciação do poder judiciário, porém inexiste, na doutrina e na jurisprudência, consenso em relação a como, e em que medida, a vinculação deve ocorrer. (FACHIN; VINCE, 2008, p. 3).

E, também, é a partir dos multifacetados temas que compõem a Constituição que se definem as estruturas da revisão constitucional que, por sua vez, refletem o campo de ação e os limites dos direitos constitucionais (ROSENKRANZ, 2010). Dentre esses, os direitos fundamentais, sempre em evidência nas cortes das democracias contemporâneas[93]:

> [...] 1) direito de informação (*RechtaufInformation*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*RechtaufAusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*RechtaufBerücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas [...]. (MENDES, 2011, p. 259).

[93] Mendes (2014) dedicou um capítulo de sua obra "Jurisdição Constitucional" para descrever as estruturas do *Bundesverfassungsgericht* e o Supremo Tribunal Federal. Nesse capítulo é possível apreender as semelhanças e as diferenças entre o sistema alemão e o brasileiro no tocante ao controle constitucional.

O próprio conceito de direito fundamental não é de fácil apreensão e essa dificuldade ocorre porque, como com outros valores, encontra-se em constante evolução e normalmente idealizada como reflexo dos princípios e das ideologias presentes nos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, os direitos fundamentais instituem, também, no plano do direito positivo, os benefícios, os deveres e as instituições capazes de realizar um conjunto de garantias para uma vida digna, com liberdade e igualdade para todos (FACHIN; VINCE, 2008).

Mesmo assim, no entanto, segundo Fachin e Vince (2008), os direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, que comumente se encontram positivados nos textos constitucionais, sofrem mais ameaças à sua realização, seja por medidas tomadas ou por não implementação pelos próprios Estados, seja por ação de particulares:

> [...] coube ao Direito se manifestar, o que efetivamente ocorreu com o surgimento de várias correntes doutrinárias que tinham como missão, orientar, calibrar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como indicar a forma como essa sujeição aconteceria [...] dentre estas: teoria da ineficácia ou negação, da *state action*, da eficácia indireta ou mediata ou de efeitos indiretos, da eficácia direta ou imediata ou aplicabilidade imediata e a dos deveres de proteção e da convergência estatista, (FACHIN; VINCE, 2008, p. 5).

Cabe realçar a teoria da ineficácia ou negação surgida na Alemanha e, segundo suas prescrições, não seria possível conceber aplicação dos direitos fundamentais de uma maneira exógena ao Estado. Fundamentava-se nas premissas de que os direitos fundamentais teriam utilidade apenas como uma forma de defesa dos cidadãos contra possíveis ataques por parte do Estado; ou de que a ingerência dos direitos fundamentais na área das relações particulares acabaria por suprimir o direito privado; e, por último, de que o poder discricionário dos juízes na aplicação externa dos direitos básicos causaria uma forte insegurança jurídica e antidemocrática. Essa teoria perdeu sua força argumentativa em razão da posição extremista de suas premissas, e foi abandonada a partir dos anos 1950 (FACHIN; VINCE, 2008).

Também, na mesma linha de raciocínio desenvolvido, a teoria da *state action*, que considerava não admitir o uso das regras constitucionais no ambiente das relações civis e se apoiava em premissas semelhantes à teoria da ineficácia ou negação, de modo que a cortes federais não poderiam intervir. Tal teoria foi sendo substituída pela tese da

public fuction theory, ainda na década de 40 do século passado, em que a Suprema Corte dos EUA passou a considerar que os entes privados quando exercessem atividades típicas do estado, estariam sim sujeitos aos comandos dos direitos fundamentais (FACHIN; VINCE, 2008).

Saliente-se, também, a teoria da eficácia indireta ou mediata ou de efeitos indiretos, e que prevalece até hoje na Alemanha, onde teve sua gênese. Parte do princípio de que deve haver um certo grau de liberdade negocial, no que vai de encontro à aplicabilidade pura e simples dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

> Todavia, admite a interferência dos valores constitucionais no campo particular de forma indireta, através de “certas pontes” que seriam representadas pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Esses mecanismos funcionariam como verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no direito privado, conformando-o com a ordem axiológica constitucional. Segundo seus adeptos, os direitos fundamentais, por meio das cláusulas acima, se “infiltram” no direito privado e por aí produzem seus efeitos, pois eles não são apenas garantias dos indivíduos contra o Estado, mas constituem também um sistema ou uma ordem objetiva de valores que se irradiam para todas as áreas do direito. (FACHIN E VINCE, 2008, p. 6-7).

Vale ressaltar que a teoria da eficácia direta ou imediata, ou aplicabilidade imediata, cujos princípios e normas constitucionais controlam direta e imediatamente também as relações entre os particulares. As regras constitucionais, independentemente de a transgressão aos direitos fundamentais ter origem em entes públicos ou privados, devem ser aplicadas e respeitadas por todos. Seus defensores lembram sua utilidade para a minimização dos efeitos nocivos das desigualdades sociais quando se apresentam disparidades de condições no universo dos negócios privados, admitindo o equilíbrio da disputa por imposição dos princípios constitucionais e evitando a intromissão desmedida no exercício da vida privada (FACHIN; VINCE, 2008).

A doutrina vinculada à teoria dos deveres de proteção defende que os direitos fundamentais estão intimamente relacionados com o Estado e que as relações privadas devem ser regidas não pelos comandos constitucionais, mas por um código legal específico. E, por fim, estabelece a teoria da convergência estatista, surgida nos anos 1970 na Alemanha, a premissa de se responsabilizar o Estado pelos danos independentemente de terem sido causados pelo setor privado ou público, sabendo-se

que os críticos dessa última teoria consideram desproporcional responsabilizar apenas o Estado (FACHIN; VINCE, 2008).

Ainda de acordo com Fachin e Vince (2008), a jurisprudência constitucional brasileira parece utilizar as premissas da eficácia direta dos direitos individuais, o que coloca o ente privado não somente sob a égide do legislador ordinário:

> Para justificar a inclinação a favor da aplicação imediata, os teóricos locais utilizam os mesmos argumentos utilizados pela doutrina internacional, a saber: ataques aos direitos fundamentais não vêm apenas do poder público, a esfera privada não pode ficar imune aos valores e preceitos constitucionais e a vinculação diminuiria o desequilíbrio de forças permitido pela liberdade negocial [...] outros fatores que diferenciam a realidade nacional da estrangeira, e consolidam ainda mais plausibilidade da incidência: a enorme desigualdade social existente no Brasil, o caráter social da Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana. (FACHIN; VINCE, 2008, p. 10).

Na visão de Fachin e Vince (2008), a Constituição de 1988 valoriza os direitos sociais e não apenas a proteção do indivíduo contra os abusos do poder estatal. Ao promover a igualdade material, a Constituição Federal se projeta para a aplicação imediata, pois utiliza do princípio da dignidade humana como norte para a ação dos operadores da lei na adoção dos preceitos da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

2. Desafios à efetivação dos direitos fundamentais no acesso à Justiça

É preciso ir além do mimetismo constitucional, fazendo o direito voltar-se para o cidadão, para a dignidade da pessoa humana, como caminho de superação de desigualdades. Nesse sentido, o acesso à Justiça no Brasil é tema controvertido e cediço pelo distanciamento entre o discurso normativo e a prática na realidade social. O discurso majoritário”[94], propala, entre os direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º e seus incisos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, CRFB/1988), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a um direito; que a lei garantirá assistência a ser prestada pelo Estado aos desamparados; e que o civilmente

[94] Se compararmos o *panóptico* de Jeremy Bentham, na obra “Vigiar e Punir” (1987), de Michel Foucault, com o sistema judiciário, há que se atentar para a visão do intérprete em sua teia de relações com o sistema judiciário como fomentador de uma ordem jurídica ao qual ele está inserido e seu olhar para o caso concreto no plano da normalização.

identificado não será submetido à identificação criminal. Da teoria à prática, não há correlação direta com a realidade social, pois do mundo jurídico e dos tribunais até a sociedade há significativo distanciamento. Até mesmo a questão do da linguagem jurídica promove distância em razão de sua especificidade, responsável por restringi-la a profissionais e a instituições que dominam a técnica apurada de separar o dever ser do ser propriamente em situações em que o mais importante é assegurar direitos e proteção aos cidadãos. Não por acaso, o abuso de poder se traduz em práticas cotidianas que alcançam a cultura do encarceramento como regra, ou seja, prisões preventivas que se transformam em definitivas ou delações que viram a regra ao invés da exceção. Disso resulta que, simbolicamente e materialmente, a condição de vulnerabilidade do sujeito preso por práticas delitivas acaba nas mãos de autoridades que usam do seu aparato legal para conduzir a denúncia e a condenação sem que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa. Tal sistema resulta em ilegalidades e arbitrariedades que fatalmente levam ao encarceramento e a cadeias superlotadas e, finalmente, ao cumprimento de penas até mesmo além da condenação imposta pelo Estado.

Acerca do tema do acesso à Justiça, Cappelletti e Garth (1988) explicam que, nos Estados liberais, burgueses, situados nos séculos XVIII e XIX, a solução de litígios civis remetia à concepção individualista dos direitos. A incapacidade dos pobres de utilizar "plenamente a Justiça" não era preocupação do Estado. Prevalecia o *laissez-faire.* Trata-se, portanto, da igualdade formal, acessível a poucos. Com o processo de horizontalização social, as "declarações de direitos" ultrapassaram a percepção apenas do indivíduo, passando a reconhecer direitos e deveres sociais. Destacam-se, nessa fase, os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Não custa lembrar que a revolução industrial trouxe à baila das discussões as condições desumanas a que eram submetidos homens, mulheres e crianças mediante jornadas excessivas de trabalho e precariedade de renda e de vida. E ainda atualmente, em pleno século XXI, com todos os direitos fundamentais expressos na Constituição, luta-se para a efetivação desses direitos.

A concepção individualista e de conflito, em geral, foi reconhecida como majoritária desde o Direito greco-romano e acompanhou o ocidente, passando pelo renascimento europeu e ultrapassando as revoluções burguesas. Tal concepção chega, aos nossos dias, mantendo a desigualdade material de acesso à justiça. Especialmente o caso brasileiro tem contornos diretos com o processo de colonização lusitana calcada no patrimonialismo, no personalismo, no clientelismo e na manutenção do *status quo* por

classes abastadas (HOLANDA, 1997). A desigualdade social calcada no distanciamento entre aqueles que têm muito e uma maioria que tem pouco ou quase nada sempre foi obstáculo a ser superado desde a escravidão no Brasil. Trata-se de obstáculo caracterizado, de um lado, pela pouca instrução do povo e, de outro, pelo grande poder acumulado pelos poucos mandatários que se configuraram, desde os primórdios, em cada localidade do norte ao sul do território nacional (COSTA, 1999). As instituições foram forjadas a partir dessa hierarquia social entre clãs e a esmagadora maioria da população desprovida de direitos materialmente realizados. Foram essas instituições moldadas especialmente pela negação da cidadania a essas populações, embora tenha havido avanços e retrocessos nas Constituições quanto às regras de participação representativa. O conceito de povo foi sendo adaptado e defendido em favor dos interesses da classe dominante e garantido pelo uso das urnas como expressão da vontade popular e da maioria. Assim, portanto, a própria elite sempre teve o cuidado de dizer pela lei o que é bom ao povo a partir de seus interesses casuísticos e de mando, em vez de o próprio povo dizê-lo. (CARVALHO, 2001; CERQUIER-MANZINI, 2010; COSTA, 1999).

Acerca dos obstáculos que dificultam o acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988) expõem os de ordem econômica associados às custas processuais e à contratação do serviço de profissional técnico-organizacional, quanto à dificuldade de defesa dos direitos coletivos nas sociedades de massa, bem como os obstáculos culturais que dificultam a procura de ajuda junto ao poder judiciário, além do próprio desconhecimento dos direitos básicos pelo homem médio. Apontam ainda, Cappelletti e Garth (1988), três ondas por que passam os países do mundo ocidental quanto a essas dificuldades de acesso à justiça: (i) a assistência judiciária para os pobres com o sistema *Judicare*, (ii) o advogado remunerado pelos cofres públicos e (iii) os modelos combinados, bem como as possibilidades e limitações da assistência judiciária. A segunda diz respeito às reformas tendentes a proporcionar ***representação jurídica para*** *os interesses difusos*, em particular quanto à proteção ambiental e do consumidor pela ação governamental, a técnica do procurador-geral privado e do advogado particular do interesse público. E a terceira onda é a do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça pelo novo enfoque de acesso à justiça com vistas à efetividade. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Conclusão

A *mímesis* encontra-se presente não somente nos fenômenos da vida social, pois ela se espalha pela cultura, pelo ordenamento jurídico e, consequentemente, pelas múltiplas formas de interpretação das leis e da jurisdição constitucional.

Ora, aos intérpretes da lei resta adotar posturas hermenêuticas voltadas para a defesa dos direitos fundamentais, ainda que presos ao sistema moroso, burocrático e ao *panótico* (fruto da vigilância e disciplina) forjados na estrutura judiciária. Devem assim, adotar posturas deliberativas que permitam o diálogo com as partes envolvidas nos conflitos quer pela fragilização dos entes privados que carecem de tutela estatal, quer pelos abusos cometidos pelo próprio Estado contra seus cidadãos em nome da ordem jurídica posta.

O avanço histórico que promove a evolução contínua das relações e dos negócios privados, agora em uma escala internacional sem precedentes na história da civilização, provoca uma diminuição gradativa do poder estatal no tocante à regulamentação dos contratos que orbitam na esfera privada, embora se reconheça a eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas.

Por fim, faz-se necessário cuidar para que a jurisdição constitucional não sufoque o Direito privado ao ponto de extingui-lo, conservando a autonomia privada associada à solidariedade social, função social do direito, e à cidadania, ao tempo em que avança em outras áreas como as do Direito de família, da proteção à dignidade humana, ao meio ambiente e ao Direito internacional.

O tema do acesso à Justiça precisa ser transformado em realidade palpável a todo cidadão. Se essa transformação não ocorrer em nossa realidade nacional, então continuará a ser apenas um mito, tal como historicamente tem sido como discurso mimético.

Referências

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. O Direito Internacional Privado acerca dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no contexto do Mercosul. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión – RSTPR**. Año 2, n. 3, mar. 2014, p. 237-273. Asunción – Capital Jurídica del MERCOSUR, Paraguay. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.ph p/rstpr/article/view/89/62>. Acesso em: 11 jul. 2105, 5:52.

BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

CABRAL, Francisco. **Controle de constitucionalidade**. Salto: Schoba, 2009.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; MARCIÓ, Cesar. O itinerário da democracia liberal à democracia social e constitucional. In: **Teoria do Estado e da Constituição** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/ficha/143.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015, 22:04.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1988.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CERQUIER-MANZINI, Maria de Lourdes**.** **O que é cidadania**. Coleção Primeiros Passos. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010.

CÉSAR, Marília de Camargo. **Entre a cruz e o arco-íris: a complexa relação dos cristãos com a homoafetividade**. Belo Horizonte: Gutenberg, 2013.

COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República: momentos decisivos**. 7. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Xp7PAPe1z3cC&oi=fnd&pg=PA3&dq=jurisdi%C3%A7%C3%A3o+constitucional&ots=Hf_xdAIO5X&sig=Dbgi7W7TKl0FWd V1egK1OMGW3E#v=onepage&q=jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional&f=false>. Acesso em: 7 jun. 2015, 1:55.

FACHIN, Zulmar; VINCE, Fernando Navarro. A necessidade de ponderação na aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. **Portal Publica Direito.** 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=741adf496ee8c2d3>. Acesso em: 14 jul. 2015, 23:24.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Lígia M. Pondé Vassalto. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIRARD, René. **Evolução e conversão**. São Paulo: É Realizações, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Companhia da Letras, 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 2014.

__________. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MILESI, Rosita (Org.). **Refugiados: realidade e perspectivas**. Brasília, DF: CSEM/IMDH; Edições Loyola, 2003.

NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas de; MAIA, Alberto Jonathas. Falência do Estado e Privatização da Justiça: novos parâmetros e desafios da arbitragem no século XXI. **Portal Publica Direito.** 2008. Publica Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bcbe273f4a8b8801>. Acesso em: 14 jul. 2015, 2:16.

PEREIRA, Wiliam Fernandes. **As chaves do armário: dicas úteis para curiosos, amigos e simpatizantes**. Brasília, DF: CAEL, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito: ajustadas ao Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENKRANZ, Nicholas Quinn. The Subject sof the Constitution. **Stanford Law Review,** 2010. Vol. 62, Issue 5. p. 1209. Disponível em: <http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=334104065093093117020105074126102123039036077022086085028001091070094030120090110026035041039045052104054115125116072008119110102013037042081115064114116030066108034002005090098064079085095087005121121012094092126084085005107005024066024024108099&EXT=pdf&TYPE=2>. Acesso em: 27 jun. 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Disponível em:https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=CVPNyM4iurwC&oi=fnd&pg=PA9&dq=jurisdi%C3%A7%C3%A3o+constitucional&ots=__PIZt8R2_&sig=2zYRmI29oNL6Id5tY1jceazTWYQ#v=onepage&q=jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional&f=true. Acesso em: 7 jun. 2015, 1:41.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinop**. 15.01.2008. Disponível em: <file:///C:/Users/Eduardo/ Downloads/72-141-1-SM.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2015, 1:32.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. Porto Alegre, 2010. 187 f. Dissertação de Mestrado – Pós-Graduação em Direito - UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível http://hdl.handle.net/10183/2521. Acesso em: 7 jun. 2015.